



TIPOLOGÍA Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS

CONSTITUCIONALES,
REGIONALES Y SUPRANACIONALES

Tomo II

Giovanni A. Figueroa Mejía
Coordinador



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO
E010
T566t

Tipología y efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales / coordinador Giovanni A. Figueroa Mejía ; presentación Ministro Arturo Zaldívar ; nota introductoria Giovanni A. Figueroa Mejía. -- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
1 recurso en línea (2 tomos : ilustraciones, tablas ; 23 cm.)

Material disponible solamente en PDF.

Contenido: t.1. Clasificación de los sistemas de justicia constitucional / Lucio Pegoraro -- Objeto y método de la interpretación constitucional / Raúl Canosa Usera -- Teoría de las sentencias constitucionales / Osvaldo A. Gozálvi -- Las sentencias constitucionales y su análisis bajo la perspectiva del derecho internacional / Héctor Fix-Zamudio, Eduardo Ferrer Mac-Gregor -- Tipología y efectos de las sentencias constitucionales de la Corte Suprema de la Nación Argentina / Néstor Pedro Sagües, María Sofía Sagües -- Las sentencias de inconstitucionalidad en Bolivia y la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional / Alan E. Vargas Lima -- Las sentencias constitucionales del Supremo Tribunal Federal de Brasil / André Ramos Tavares -- Tipologías y efectos de las decisiones de la Corte Suprema de Canadá / Sergio Gerotto -- Las sentencias del Tribunal Constitucional de Chile / Gonzalo Aguilar Cavallo -- Tipologías de las sentencias constitucionales en Colombia / Eduardo Andrés Velandía Canosa, Edgar Fabián Garzón Buenaventura -- La tipología de las sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica en el control de constitucionalidad / Haideer Miranda Bonilla -- Sentencias constitucionales de la Corte Constitucional del Ecuador / Wendy Molina Andrade -- Las sentencias constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América / J. Francisco Castellanos Madrazo -- Las sentencias constitucionales de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala / Carlos Arturo Villagrán Sandoval -- Las sentencias constitucionales de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras / Rafael Andree Salgado Mejía -- Tipología y efectos de las sentencias constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de México / Giovanni A. Figueroa Mejía -- La jurisdicción constitucional y sus aportes en Nicaragua / Iván Escobar Fornos -- Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú / Domingo García Belaunde, Gerardo Eto Cruz -- Las sentencias constitucionales del Tribunal Constitucional de la República Dominicana / Hermógenes Acosta de los Santos -- Las sentencias constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay / Eduardo Gregorio Esteva Gallicchio -- Las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela : especial referencia a las sentencias normativas / Daniela Urosa Maggi -- t.2. Las sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Bundesverfassungsgericht) : tipos y efectos / Elisa Bertolini -- Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional austriaco / Anna Gamper -- Las sentencias de la Corte Constitucional de Eslovenia / Arne Mavčič -- Las sentencias constitucionales del Tribunal Constitucional de España / Francisco Javier Díaz Revorio -- Las decisiones constitucionales del Consejo Constitucional francés / Guillaume Tusseau -- Los efectos temporales de la inconstitucionalidad : un camino de derecho comparado : especial análisis del sistema italiano / Matteo Nicolini, Enrico Andreoli -- Tipología de sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de control constitucional en Polonia / Anna Labno, Poweł Króliczek -- Las sentencias del Tribunal Supremo Federal de Suiza / Héctor López Boffill -- Tipología y efectos de las sentencias constitucionales del Tribunal Supremo de Israel / Sizie Navot, Guy Lurie -- Los límites constitucionales de la toma de decisiones en la Suprema Corte de Filipinas / Dante Gatmaytan -- Las sentencias constitucionales en la Corea del Sur / Rodrigo González Quintero, Camilo Guzmán Gómez, Andrés Sarmiento Lamus -- Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos / Ignacio García Vitoria -- Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos : clasificaciones desde el léxico de la comparación jurídica / Edgar S. Caballero González -- El impacto de las sentencias europeas e interamericanas : valor de precedente e interpretación vinculante / Javier García Roca, Humberto Nogueira Alcalá -- ¿El tribunal de los tribunales? : los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su rol "constitucional" / Eloisa Denia Cosimo -- Las sentencias de la Corte de Justicia del Caribe / Rocio Guadalupe Quiñones Andrade

ISBN 978-607-552-373-6 (Obra completa)
ISBN 978-607-552-375-0 (Tomo II)

1. Justicia constitucional -- Sentencias -- Análisis -- Derecho comparado 2. Tribunal constitucional -- Decisiones judiciales 3. Organizaciones internacionales regionales -- Disposiciones regionales 4. Interpretación constitucional 5. Control constitucional 6. Jurisdicción constitucional 7. Inconstitucionalidad 8. Límites constitucionales 9. Jurisdicción constitucional transnacional 10. Sistemas regionales de protección de Derechos humanos 11. Sistema universal de protección de Derechos humanos
LC K3165

Primera edición: noviembre de 2022

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva del coordinador de la obra y los autores y no representa en forma alguna opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El contenido de la obra es responsabilidad exclusiva del coordinador de la misma, por lo que libera a la Suprema Corte de Justicia de la Nación de cualquier responsabilidad.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistemización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

TIPOLOGÍA Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES, REGIONALES Y SUPRANACIONALES

Tomo II



Giovanni A. Figueroa Mejía*
Coordinador



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

* Doctor en Derecho Constitucional, con Mención Europea, por la Universidad Complutense de Madrid, con la calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad. Profesor investigador en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana Ciudad de México. El Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt lo reconoce como Investigador nacional Nivel II.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Loretta Ortiz Ahlf
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ana María Ibarra Olguín
Directora General

*A los fundadores del Derecho procesal constitucional
y a quienes en las últimas décadas
han contribuido a su desarrollo y consolidación.*

*Especialmente a don Héctor Fix-Zamudio,
pilar indiscutible de esta disciplina.*

Contenido

Presentación	XI
---------------------------	-----------

Arturo Zaldivar

Nota introductoria.....	XVII
--------------------------------	-------------

Giovanni A. Figueroa Mejía

TOMO II

EUROPA

22. Las sentencias del Tribunal Constitucional Federal

Alemán (<i>Bundesverfassungsgericht</i>): tipos y efectos	1089
--	-------------

Elisa Bertolini

23. Tipología y efectos de las sentencias del

Tribunal Constitucional austriaco	1137
--	-------------

Anna Gamper

24. Las sentencias de la Corte Constitucional de Eslovenia	1181
Arne Mavčič	
25. Las sentencias constitucionales del Tribunal Constitucional de España	1245
Francisco Javier Díaz Revorio	
26. Las decisiones constitucionales del Consejo Constitucional francés.....	1293
Guillaume Tusseau	
27. Los efectos temporales de la inconstitucionalidad: un camino de derecho comparado. Especial análisis del sistema italiano.....	1391
Matteo Nicolini	
Enrico Andreoli	
28. Tipología de sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de control constitucional en Polonia.....	1429
Anna Łabno	
Paweł Króliczek	
29. Las sentencias del Tribunal Supremo Federal de Suiza	1473
Héctor López Bofill	
ASIA	
30. Tipología y efectos de las sentencias constitucionales del Tribunal Supremo de Israel.....	1505
Suzie Navot	
Guy Lurie	
31. Los límites constitucionales de la toma de decisiones en la Suprema Corte de Filipinas	1537
Dante Gatmaytan	

32. Las sentencias constitucionales en Corea del Sur 1585

Rodrigo González Quintero

Camilo Guzmán Gómez

Andrés Sarmiento Lamus

TRIBUNALES REGIONALES Y SUPRANACIONALES

**33. Las sentencias del Tribunal Europeo
de Derechos Humanos..... 1613**

Ignacio García Vitoria

**34. Las sentencias de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos. Clasificaciones desde
el léxico de la comparación jurídica 1645**

Edgar S. Caballero González

**35. El impacto de las sentencias europeas e interamericanas:
valor de precedente e interpretación vinculante 1683**

Javier García Roca

Humberto Nogueira Alcalá

**36. ¿El tribunal de los tribunales? Los efectos de
las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión
Europea y su rol "constitucional" 1753**

Eloisa Denia Cosimo

37. Las sentencias de la Corte de Justicia del Caribe..... 1811

Rocío Guadalupe Quiñones Andrade

Presentación

Durante el siglo XX el escenario constitucional experimentó una serie de importantes desarrollos que marcaron el rumbo de su actual desenvolvimiento. A lo largo de este periodo, la comunidad internacional hizo frente a guerras y conflictos que reconfiguraron la cartografía política mundial, pero también se enfrentó a otros procesos de gran relevancia como la independencia de antiguos territorios que permanecían colonizados, la integración económica y política de diversos países, el surgimiento y la expansión de los derechos humanos y el crecimiento constante de órganos políticos y de mecanismos de justicia internacional. Todos estos fenómenos dieron forma a los bordes contemporáneos del derecho constitucional y ejercieron una influencia notable no sólo en la vigencia de los modelos constitucionales existentes, sino también en la configuración de renovados diseños de arquitectura constitucional orientados, en algunas ocasiones, a preservar los ideales democráticos y de justicia.

De esta manera, aunque las constituciones suelen ser entendidas como aquellos documentos fundacionales de la vida política e institucional de un Estado, lo cierto es que la articulación de todos estos fenómenos trajo

consigno la necesidad de entender a las constituciones ya no como documentos autónomos e inmunes a cualquier influencia externa. Por el contrario, la evolución anteriormente descrita marcó la pauta para concebir a estos textos como documentos constitutivos pero articulados entre sí. A la luz de este nuevo entendimiento, el derecho comparado comenzó a adquirir una relevancia central en el estudio de las constituciones de modo que, para poder entender la Constitución de un país particular, no bastaba con entender y analizar su propio contenido, sino también resultaba necesario identificar las posibles relaciones, influencias y contradicciones con otros textos normativos de la misma naturaleza.

En una etapa posterior, el desenvolvimiento del derecho constitucional comparado comenzó a ampliar sus alcances para abordar, ya no sólo el diseño de los textos constitucionales, sino más importante aún su operación y funcionamiento en los distintos entornos y contextos nacionales. Este nuevo enfoque contribuyó de manera importante a que las constituciones pasaran de ser meros documentos políticos para convertirse en auténticos textos jurídicos capaces de plantar cara a los retos y problemas más relevantes para la vida nacional de los Estados; muchos de los cuales eran coincidentes en otras latitudes y sociedades. En este proceso de vitalización constitucional, la función jurisdiccional —particularmente aquella de naturaleza constitucional— jugó un papel central. Las cortes y tribunales surgieron como las instituciones a cargo de la operativización de los textos constitucionales a través de la interpretación y argumentación plasmadas en sus decisiones. La doctrina y la literatura jurídica especializada en el funcionamiento de las cortes y tribunales constitucionales adquirió también un desarrollo acelerado.

Hoy por hoy, la intención de comprender la Constitución implica, necesariamente, adentrarse a los resquicios de su entendimiento. Ello supone, por tanto, involucrarse con la aproximación que de ella hacen las autoridades judiciales encargadas de su salvaguarda e interpretación. Esta labor no es precisamente sencilla, sino que guarda importantes retos que complican su consecución. Suele decirse, por ejemplo, que las y los jueces

constitucionales hablan a través de sus sentencias, y que a través de ellas resuelven problemas y definen los contornos de la vida jurídica de los Estados. Sin embargo, hoy en día es posible apreciar que, aunque la mayor parte de las cortes constitucionales intentan ejercer funciones similares, el modo particular en que las realizan suele ser diverso. No todos los tribunales constitucionales poseen las mismas facultades; sus decisiones no siempre tienen los mismos alcances y las metodologías empleadas suelen responder a desarrollos teóricos y jurisprudenciales diversos.

Así, en el marco de los estudios de derecho comparado, si bien acudir al análisis y estudio de sentencias y precedentes extranjeros para analizar fenómenos locales puede constituir una herramienta importante al alcance de las y los operadores de justicia, lo cierto es que su consulta e implementación debe realizarse con suficiente destreza y responsabilidad. Quien acude al auxilio de este tipo de análisis debe tomar en consideración no únicamente el sentido del fallo ni la similitud de los fenómenos bajo examen, sino más importante aún, las diferencias y contrastes tanto en el diseño institucional y normativo de los tribunales, como de los recursos, vías y procedimientos por medio de los que adoptan dichas decisiones. Comprender tales aspectos resulta crucial para garantizar un fallo sólido y adaptado a las condiciones y circunstancias particulares del sistema legal en el que se pretenden implementar y, por tanto, a incrementar la legitimidad de los tribunales quienes, entonces, resolverán con una perspectiva argumentativa sólida y articulada y no sólo a través de declaraciones de buena voluntad que, a la postre, terminen generando muchas expectativas, pero pocas consecuencias materiales.

Es por estas razones que una obra como esta constituye un aporte fundamental para el desarrollo del estudio comparado de las constituciones, pero también de las decisiones que les dan forma y estructura. Uno de sus principales aportes consiste en incorporar en una sola obra un panorama orgánico y funcional de los modelos de justicia constitucional alrededor del mundo de una manera detallada, pero a la vez accesible. Además, a través de los textos que integran la obra, las y los lectores podrán

hacer un recorrido por jurisdicciones poco exploradas en nuestra cultura jurídica y constitucional con el objetivo de identificar las posibilidades y los obstáculos que subyacen en la implementación de la labor de naturaleza comparativa.

A lo largo de su estructura, la obra bosqueja un panorama sobre el desarrollo constitucional sostenido en cuatro continentes a lo largo de los últimos años. Cada uno de los artículos recorre la historia y el desenvolvimiento de las trayectorias constitucionales, y destaca las fortalezas adquiridas, pero también las deficiencias que suelen limitar el alcance de las decisiones judiciales que deben ser atendidas para fortalecer los modelos de impartición de justicia. De la lectura integral de los textos, las y los lectores podrán identificar la existencia de un lenguaje constitucional común que subyace a la función de las cortes constitucionales en un contexto global complejo pero orientado hacia la defensa de las instituciones democráticas que han inspirado la lucha constitucional alrededor del mundo.

De esta forma, la pertinencia de una obra como esta, parte de ofrecer al lector no solo una inmersión a la mera composición y facultades que corresponden a los diferentes tribunales constitucionales, sino que responde de manera esencial a las interrogantes de qué es lo que deciden, cómo lo deciden, y por qué es relevante que lo decidan así. La comprensión integral de las respuestas a dichas preguntas debe realizarse, en todo momento, a partir de los contextos específicos de cada una de las jurisdicciones incorporadas en este volumen. Luego entonces, serán esas razones las que, desde un punto de vista comparativo, permitan a quien se aproxime a este libro, entretejer los valores comunes que persigue, o debería perseguir, toda decisión que emana de un tribunal constitucional, es decir: la de construir un Estado constitucional democrático, basado en el respeto irrestricto a los derechos y libertades de todas las personas.

Ministro Arturo Zaldívar
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

Nota introductoria

El presente libro es el resultado de un amplio proyecto de investigación que inició en 2021 bajo el título *Tipología y efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales*. A él convoqué a investigadores de cuarenta y cuatro Universidades y Tribunales Constitucionales de veinticuatro países para analizar la clasificación, la tipología, las características, el funcionamiento y los efectos de las sentencias de Tribunales Constitucionales de América, Europa y Asia, de Cortes Regionales en materia de Derechos Humanos, así como de Cortes de Justicia supranacionales.

Con posterioridad, también se convocó a otros académicos para desarrollar estudios preliminares relacionados con la teoría del control constitucional y que, en su conjunto, sirven de base para el análisis de las sentencias constitucionales. Estos capítulos están incorporados en la primera parte de la obra. Uno de ellos se dedica a las concepciones más relevantes de los sistemas de justicia constitucional y a la identificación de los elementos determinantes más significativos y recurrentes en el análisis comparativo. En otro capítulo se analiza el objeto y método de la interpretación constitucional, cuyos presupuestos son imprescindibles

en la labor que realizan los intérpretes supremos de la Constitución, sobre todo si éstos no desean caer en los riesgos de una inadecuada interpretación jurídica, en general, y constitucional, en particular. También, se incluye una teoría general de las sentencias constitucionales para identificar cuándo se está en presencia de una decisión de este tipo. Y se analizan las sentencias constitucionales desde el ámbito del Derecho constitucional, de la ciencia del Derecho procesal y del Derecho internacional, pues la influencia de este último cada vez es más fuerte en las Constituciones nacionales.

La mayor parte del libro se enfoca en el estudio de las sentencias constitucionales (apartados Segundo, Tercero y Cuarto), y la lectura de la primera parte de los capítulos permite apreciar que en ellos están presentes, explícita o implícitamente, los esquemas clasificatorios que se suelen centrar en la distinción entre control difuso, control concentrado o híbrido; en la naturaleza política o jurisdiccional del control o en una combinación de ambas; en la integración de los Tribunales (impar o par), y en el carácter concreto o abstracto del control.

De igual forma, en la fase temporal del control constitucional (preventiva o sucesiva); en la jurisdicción territorial (nacional o internacional); en el origen judicial o no del órgano (si el Tribunal se encuentra dentro o fuera del Poder Judicial); en la modalidad de acceso a los Tribunales (recurso o incidente), así como en la calidad de los actores y demandados (partidos políticos, minorías parlamentarias, ciudadanos, jueces).

Para fines clasificatorios, también se tienen en cuenta el bien tutelado y las funciones ejercitadas (derechos, libertades, ley, competencias de los órganos y entes territoriales, control de las elecciones y de los referéndum, entre otros); el parámetro de control (Constitución, tratados y leyes) y el objeto de control (leyes, actos, omisiones, leyes de revisión constitucional, reglamentos parlamentarios).

Ahora bien, los diversos Tribunales Constitucionales considerados —con independencia del nombre que se les adscriba en cada país: Corte Constitucional, Sala Constitucional, Suprema Corte, Corte Suprema,

Consejo Constitucional, Supremo Tribunal, Tribunal Supremo—, emiten sentencias que utilizan la rígida alternativa estimación/desestimación de inconstitucionalidad, pero también, a fin de dar respuesta a específicas exigencias de carácter práctico, cada uno de estos órganos recurre a una rica y profusa tipología de pronunciamientos con efectos y alcances especiales.

Desde esta perspectiva, se estudian las sentencias constitucionales de Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia y Costa Rica; Ecuador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua y Perú; República Dominicana, Uruguay, Venezuela, Alemania, Austria, Eslovenia y España, así como Francia, Polonia, Suiza, Israel, Filipinas y Surcorea.

La revisión del arsenal sentenciador de los veintisiete Tribunales Constitucionales de América, Europa y Asia de referencia, pone de manifiesto que no siempre es fácil identificar el *ídem sentire* de cada tipología de sentencia, pues dichos órganos jurisdiccionales y la propia doctrina científica suelen incluir elementos (en parte análogos, en parte diversos) que se consideran esenciales para delimitar el contenido de cada uno de los pronunciamientos.

También debe subrayarse que el estudio comparativo de las sentencias constitucionales refleja una falta de unidad en la terminología, pues es recurrente que se utilice una incesante variedad de denominaciones para referirse a supuestos pertenecientes a un mismo fenómeno tipológico; otras veces, por el contrario, un mismo término se adopta para aludir a sentencias de diversa índole.

Conscientes de la relatividad de cada una de las clasificaciones y tipologías propuestas,¹ es innegable que las sentencias constitucionales,

¹ Esta relatividad en las clasificaciones no tiene por qué ser divisoria, sino que a menudo es combinada mediante la utilización de criterios que dependen de un elemento objetivo representado por el objeto de estudio y de factores subjetivos. Con relación a los factores subjetivos que influyen en los

por una parte, muestran el resultado de una labor interpretativa de los valores y principios constitucionales que determinan el contenido de las leyes y otras actuaciones de los entes públicos; por otra parte tienen una función de integración del Derecho² analizado como consecuencia del "caso constitucional" y poseen una elevada trascendencia política,³ especialmente cuando conllevan un juicio de la obra del legislador democrático.⁴

En el análisis del ejercicio de la función sustantiva de los Tribunales se ha constatado que existen algunas coincidencias respecto a los efectos de las sentencias desestimatorias, en las cuales el objeto de control sigue formando parte del ordenamiento jurídico o tiene plena vigencia debido a que no se encontró en él algún vicio de inconstitucionalidad, o bien porque aun existiendo tal vicio, no se alcanzó en la votación la mayoría simple, calificada o reforzada para emitir una sentencia estimatoria.

En cuanto a las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, los efectos son muy variados: vinculantes o no, *erga omnes* o *inter partes*, *ex nunc* o *ex tunc*. Y no faltan los ejemplos en los cuales se combinan dos o más tipos de efectos, pero se tienen en cuenta ciertos límites.

Entonces, los Tribunales Constitucionales suelen emplear una rica tipología de sentencias *desestimatorias puras y simples*, que declaran la

modelos clasificatorios se ha dicho que el más importante está representado por aquellos elementos que cada jurista asume como esenciales para el particular enfoque que adopta su respectiva clasificación. Cfr. Pegoraro, Lucio, "Clasificaciones y modelos de Justicia Constitucional en la dinámica de los ordenamientos", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, núm. 2, julio-diciembre de 2004, p. 135.

² Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur", en: *Revista Ius et Praxis*, Año 10, núm. 1, 2004, p. 113.

³ Cfr. Garrorena Morales, Ángel., "La sentencia constitucional", *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 11, otoño 1981, pp. 7 y 27, quien, desde hace mucho tiempo, se refirió a este infalible carácter político de la sentencia constitucional, pues considera que este tipo de decisiones tienen una intensísima carga política, porque son un acto de poder en dialéctica con los demás poderes del Estado.

⁴ En ese sentido Canosa Usera, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 49, señala que la fuerza política de las sentencias de la jurisdicción constitucional puede ser más evidente en función de la materia sobre la que recae el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

conformidad constitucional de la ley o el acto sometido a control; *sentencias estimatorias puras y simples*, que determinan la inconstitucionalidad del precepto o acto; *de inconstitucionalidad parcial respecto al texto*, aquellas que únicamente eliminan algunas partes del artículo; *sentencias de inconstitucionalidad sin invalidez*, con las cuales se declara la inconstitucionalidad del artículo, pero se difiere su eliminación del ordenamiento jurídico para dar oportunidad al legislador de que configure una nueva disposición.

Asimismo, dichos Tribunales emiten sentencias mediante las cuales determinan los significados que son acordes y los contrarios a la Constitución; reducen, amplían o sustituyen el contenido normativo de una o varias disposiciones para que éstas se ajusten a la Constitución; armonizan los contenidos constitucionales y legales; recomiendan al legislador o al Poder Ejecutivo realizar algo para que su labor sea considerada constitucional, entre muchas otras soluciones.

Desde otra perspectiva, se analiza la tipología de las sentencias regionales, en específico las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Adicionalmente, se establecen pautas para comprender el impacto de sus decisiones en los Estados Parte.

Dentro del último apartado del libro, también se estudian las sentencias de las llamadas Cortes supranacionales, órganos a los cuales los Estados les ceden una parte de su soberanía o alguna potestad soberana sobre ciertas materias. Por lo tanto, sus decisiones se encuentran en un nivel jerárquico superior al de las sentencias de los Estados. En este rubro, el análisis se centra en las sentencias de la Corte de Justicia de la Unión Europea y la Corte de Justicia del Caribe, pues se considera que las dos tienen una sede supranacional y constitucional regional.

Para ofrecer el mayor grado de homogeneidad en los capítulos dedicados al análisis de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales,

se compartieron a los autores las preguntas detonantes siguientes: *¿Cuál es la integración del Tribunal Constitucional, regional o supranacional analizado?, ¿cuáles son las principales competencias del Tribunal analizado?, ¿cuáles son los tipos de sentencias que el Tribunal suele emitir?, ¿cuáles son los efectos de las sentencias que emite el Tribunal estudiado?* Cabe señalar que tales interrogantes solo constituyeron sugerencias, pues cada autor tuvo libertad para incorporar algunos ámbitos más que consideraron importantes para el mejor desarrollo de su investigación.

Mi reconocimiento, admiración y gratitud a las cuarenta y seis autoras y autores de los capítulos, quienes son referentes académicos y profesionales dentro y fuera de sus respectivos países. Sus aportaciones en mucho contribuyen al conocimiento de las diversas modalidades sentenciadoras, a los temas prioritarios del control de constitucionalidad y al desarrollo del Derecho Procesal Constitucional.

Agradezco de igual forma a las quince personas que desarrollaron la importante labor de traducir los textos del inglés, francés, italiano, portugués y polaco al español, respetando en todo momento el contenido de los estudios y haciendo un eco impecable del pensamiento de las y los autores.

Quiero también expresar mi agradecimiento a Fátima F. Monreal Castorena, Jorge Alvar Contreras Segura y Gregorio Alejandro Vargas González por su colaboración a fin de integrar los diversos capítulos de este libro.

Un agradecimiento especial a Ana María Ibarra Olguín, Directora General del Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN, por acoger con beneplácito esta obra y todo el impulso para que estuviera publicada en tiempo, así como a su equipo de colaboradores por el empeño puesto en la edición del libro.

En general, la obra busca determinar la tipología y efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales, desde un amplio

criterio de Derecho comparado, así como otros ámbitos de estudio ligados a ellas, con el propósito de conocer las similitudes y diferencias que existen en las diversas experiencias analizadas.

Giovanni A. Figueroa Mejía
*Profesor investigador de tiempo completo
en la Universidad Iberoamericana Ciudad de México*
17 de octubre de 2022, Roma.

EUROPA

22. Las sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*): tipos y efectos

Elisa Bertolini*

(Traducción de José Antonio Estrada Marún,
Andrea Delgado Quintero y Juan Francisco Reyes Robledo)

* Doctora en Instituciones y Políticas Comparadas, Internacionales y Europeas por la Universidad de Téramo, Italia. Profesora asociada de Derecho Público Comparado en el Departamento de Derecho de la Universidad Bocconi, Milán. Miembro de la Asociación Italiana de Derecho Comparado.

SUMARIO: A. Introducción. B. El *Bundesverfassungsgericht* entre *Grundgesetz* y *Bundesverfassungsgesetz*. C. Las funciones del *Bundesverfassungsgericht*. D. *Abstrakte y konkrete Normenkontrolle*. 4.1. La sentencia de aceptación. 4.2. La sentencia de mera incompatibilidad. 4.3. La sentencia de conformidad con la Constitución. 4.4. La sentencia de interpretación conforme a la Constitución. E. La *Verfassungsbeschwerde*. F. Resolución de conflictos. 6.1. *Bund-Länder Streitigkeiten*. 6.2. *Organstreitigkeiten*. 6.3. *Landesorganstreitverfahren*. 6.4. *Zwischenländerstreitverfahren*. G. *Landesinterne Verfassungsstreit*. H. La competencia "menor". 8.1. El *Präsidenten-Richteranklage*. 8.2. La *Grundrechtsverwirkung*. 8.3. El *Parteiverbotsverfahren*. 8.4. La *Wahlprüfungsbeschwerde*. 8.5. La función nomofiláctica. I. Otras consideraciones. J. Los tres *Entscheidungswirkungen*. 10.1. *Rechtskraft*. 10.2. *Bindungswirkung*. 10.3. *Gesetzeskraft*. K. Los *Entscheidungswirkungen en el abstrakte Normenkontrolle*. L. Los *Entscheidungswirkungen en el konkrete Normenkontrolle*. M. Las decisiones cautelares. N. El *Sondervotum*. Ñ. Conclusión.

A. Introducción

El *Bundesverfassungsgericht* representa, desde 1951, año de su creación, la expresión más completa de la sofisticada tradición jurídica alemana. En sus setenta años de actividad se ha alzado en defensa de la democracia alemana y de sus principios fundacionales, tanto frente a las amenazas internas (democracia que se protege a sí misma) como en la compleja dinámica del proceso de integración europea. Su diálogo de diez años con la Corte de Luxemburgo ha dictado su ritmo, siempre en búsqueda de un equilibrio entre la inevitable transferencia de porciones cada vez mayores de soberanía nacional y la necesaria afirmación de la *Identität der Verfassung*, que contiene en sí misma el núcleo irrenunciable del ordenamiento nacional alemán.

Como bien advierte la doctrina más autorizada, el alcance comparativo del modelo (además de la autoridad que tiene su jurisprudencia), está verdaderamente marcado por la importancia sistémica, tanto política

como práctica, que el *Bundesverfassungsgericht* tiene en Alemania.¹ La importancia es a tal punto, que se habla, quizás un poco periodísticamente, de la "República de Karlsruhe". El Tribunal encarna una jurisdicción constitucional que actúa dentro de un espectro muy amplio —ampliado aún más por la apertura del acceso directo de los ciudadanos a través de la *Verfassungsbeschwerde*— y que es ejercida de manera muy intensa y vigorosa, tanto que ha sido acusado, por su propio activismo, así como, también a la luz de los efectos producidos por muchas de sus decisiones, de minar en muchas ocasiones la autonomía de la ciencia del derecho constitucional y, como consecuencia, de limitar el espacio destinado al derecho de los juristas.² Todo ello sin olvidar, como recuerda Häberle, que la posición del *Bundesverfassungsgericht* es la más delicada "en el contexto del paralelogramo de fuerzas constitucionales".³ A pesar de ello, el *Bundesverfassungsgericht*, en adelante BVerfG, no es un legislador, ni siquiera negativo, y menos es un legislador constitucional.

Esta contribución está dedicada al análisis de las decisiones (definitivas y cautelares) del Tribunal, pero no bajo un perfil de contenidos, sino desde un punto de vista mayormente formal, centrado en su tipología y efectos. La elección del objeto de estudio seguramente puede encontrarse en la naturaleza misma de la decisión. En efecto, es precisamente a través de decisiones dotadas de particulares y definidos efectos que se crea jurisprudencia y se configura el *diritto vivente*. La actividad decisoria y la actividad crucial y distintiva de una corte constitucional es la expresión de la voluntad de la misma —que claramente puede cambiar en el tiempo y reflejar el cambio de su composición— de intervenir, de manera más o menos incisiva, con sus proveídos de gran relevancia e impacto político. Y es precisamente en este último punto que el efecto de las

¹ Cfr. Palermo, Francesco, "La giustizia costituzionale in Germania", en Mezzetti, Luca (coord.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, CEDAM, 2009, pp. 145-173, especialmente p. 146.

² V. Häberle, Peter, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 2.

³ Häberle, Peter, "Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit", en Häberle, Peter, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, p. 10.

decisiones cobra relevancia, en la óptica de cómo el sistema político debe actuar, o reaccionar, frente al fallo del Tribunal. El papel del *Bundesverfassungsgericht* dentro del sistema político alemán y la forma de gobierno está, por lo tanto, estrechamente interconectado con los tipos de decisiones —y claramente con sus efectos— que es competente para emitir.

B. El *Bundesverfassungsgericht* entre *Grundgesetz* y *Bundesverfassungsgesetz*

El *Bundesverfassungsgericht* fue quizás la mayor de las innovaciones introducidas por la *Grundgesetz* (GG) de Bonn de 1949. La previsión de un órgano constitucional que, en virtud de su ubicación al margen de los tres clásicos poderes,⁴ se encargara de la tarea de custodiar, y por tanto de garantizar y al mismo tiempo de proteger la Ley Fundamental, supera definitivamente la estructura weimariana centrada en el Jefe de Estado como guardián exclusivo del ordenamiento.⁵ El Tribunal asume sobre él todas las funciones de justicia constitucional que prevé la GG (artículos 18, 61, 93, 98, 100), con lo que se califica como custodio y árbitro en el complejo sistema de relaciones que implica la forma de gobierno, principalmente entre *Bundestag* y *Bundesregierung*, y la forma de estado, por lo tanto entre el *Bund* y los *Länder*.⁶

La GG atribuye al Tribunal un amplio abanico de competencias, gracias a las cuales goza de una notable libertad en la interpretación de la Cons-

⁴ La independencia, sin embargo, también se afirma vigorosamente en el Art. 1 Abs. 1 BVerfGG, según el cual «*Das Bundesverfassungsgericht ist ein allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber selbständiger und unabhängiger Gerichtshof des Bundes*». (El Tribunal Constitucional Federal es un tribunal federal autónomo e independiente de todos los demás órganos constitucionales).

⁵ Schlaich, Klaus y Koriath, Stefan, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, München, C.H.Beck, 2018, pp. 26 y ss.

⁶ Además, es precisamente en la forma de un estado federal que junto a la existencia del *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal), en las entidades federativas se tiene el correspondiente tribunal constitucional local, el *Landesverfassungsgerichte*. La única excepción es el *Land de Schleswig-Holstein* que, sobre la base de las disposiciones del artículo 99 de la GG, ha optado por confiar la resolución de las disputas constitucionales internas directamente a *Karlsruhe*. Poli, Maria Daniela, *Bundesverfassungsgericht and Landesverfassungsgerichte: un modello "policentrico" di giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 2012.

titución, en la determinación del alcance de su jurisprudencia, en la elección del tipo de sentencia que hará uso y de los procedimientos a seguir. Sin embargo, cabe señalar que la GG se caracteriza por un carácter sorprendentemente lacónico de las disposiciones dedicadas al Tribunal, por lo que se opta en cambio por reenviar a una ley federal posterior para el desarrollo de los detalles (artículo 94 Abs. 2).⁷ Sin embargo, este reenvío tampoco resuelve realmente muchos detalles, pues el objeto de ésta es disciplinar la estructura, procedimientos y, en lo que aquí interesa, los efectos de las sentencias. Tampoco está prevista expresamente la facultad de autorregulación del órgano, cuya existencia en el Tribunal fue inicialmente afirmada por interpretación (de jurisprudencia y doctrina) y luego expresamente prevista por la ley federal (§ 1 Abs. 3 *Bundesverfassungsgesetz-BVerfGG*).⁸ Aparte de las competencias, el texto constitucional dispone exclusivamente la modalidad de selección de los miembros del colegio por los órganos políticos (artículo 94 Abs. 1). Más que nada, el constituyente de 1949 no tenía claro entonces el cuadro completo de las funciones y el funcionamiento del Tribunal y así ha fijado una autoridad del Tribunal que no estaría fundada tanto en la disposición constitucional, sino en un esfuerzo autónomo. Por lo tanto, si se quiere analizar con detalle el funcionamiento concreto del Tribunal y, en particular, los tipos y efectos de sus decisiones, el punto de partida sólo puede ser la ley federal, la BVerfGG, adoptada en 1951 y modificada varias veces desde entonces.

C. Las funciones del *Bundesverfassungsgericht*

Preliminarmente a los fines del análisis objeto de este trabajo, se hará una breve examinación de aquellas competencias que la GG encomienda al

⁷ Además de la ley federal más propiamente dedicada al Tribunal Federal ex artículo 94 Abs. 2, la *Bundesverfassungsgesetz*, existe una ley sobre la remuneración de los jueces y, por supuesto, la *Geschäftsordnung*, es decir, el reglamento interno, en las que se encuentran las disposiciones procesales.

⁸ *Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl. I S. 1473)*, das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 29. August 2013 (BGBl. I S. 3463) geändert worden ist.

Bundesverfassungsgericht, haciendo estrecha la interconexión entre la competencia por un lado y, por el otro, el tipo de decisión con sus efectos relacionados.⁹ La GG enumera en diferentes artículos las amplias competencias del Tribunal y ofrece una lista no cerrada y por lo tanto integrable a través de la BVerfGG. En este sentido, corresponde al Tribunal:

- a) *Abstrakte und konkrete Normenkontrolle*: control abstracto (Art 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) y concreto (artículo 100 Abs. 1 GG) de constitucionalidad de las normas federales o estatales;
- b) *Verfassungsbeschwerde*: recurso constitucional directo (artículo 93 Abs. 1 Nr. 4a GG);¹⁰
- c) *Bund-Länder Streitigkeiten* (o *foederative Streitigkeit*): conflictos entre *Bund* y *Länder* y entre *Länder* entre sí (artículo 93 Abs. 1 Nr. 3 e 4 GG);
- d) *Organstreitigkeiten*: conflictos entre órganos del Estado (artículo 93 Abs. 1 Nr. 1 GG);
- e) *Landesinterne Verfassungsverstreit*: conflictos constitucionales internos en un *Land* (artículo 99 GG);
- f) *Präsidenten-und Richteranklage*: juicio sobre la acusación del *Bundespräsident* y sobre los procedimientos contra jueces federales (artículo 61 a 98 Abs. 2 a 5 GG);
- g) *Grundrechtsverwirkung*: procedimiento de caducidad de los derechos fundamentales (artículo 18 GG);
- h) *Parteiverbotsverfahren*: juicio sobre la inconstitucionalidad de un partido político (artículo 21 Abs. 2 GG);
- i) *Wahlprüfungsbeschwerde*: recurso contra las decisiones del *Bundestag* sobre la verificación de las elecciones y el mandato parlamentario (artículo 41 Abs. 2 GG);

⁹ Detterbeck, Steffen, *Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 1995 e, más reciente, Schlaich, Klaus y Koriath, Stefan, *op. cit.*, pp. 372 y ss.

¹⁰ El Nr. 4b prevé el recurso directo por los *Gemeinden* (Municipios) y las *Gemeindeverbänden* (uniones de municipios) en caso de violación de su derecho a la *Selbstverwaltung* (autoadministración).

- j) *Völkerrechtliche Verifikationsverfahren*: en la función nomofiláctica, la verificación de que las normas generales de derecho internacional de rango superior a la ley pertenezcan al derecho federal alemán (artículo 100 Abs. 2 GG);
- k) *Divergenzvorlage*: en la función nomofiláctica, la resolución de las diferencias interpretativas sobre la GG entre la jurisprudencia constitucional y la de los *Länder* (artículo 100 Abs. 3 GG);
- l) *Normenqualifizierungsverfahren*: en la función nomofiláctica, resolución de las cuestiones relativas a la calificación de los actos normativos anteriores a la entrada en vigor de la GG como derecho federal (artículo 126 GG).

La intervención del Tribunal Constitucional, por lo tanto, puede activarse a trámite para varios procedimientos, no obstante, todas sus decisiones tienen en común un efecto educativo general (Zweigert) que les es propio, como es el propósito de proteger la Constitución. Desde esta perspectiva, debe interpretarse la práctica de no examinar únicamente las disposiciones de la GG cuya violación es denunciada por las partes, sino de realizar más bien un examen más general con el propósito de verificar todas las hipótesis de inconstitucionalidad.¹¹

D. Abstrakte y konkrete Normenkontrolle

La competencia principal de la Corte Constitucional consiste en el control constitucional de la norma (*Normenkontrolle*), abstracto (artículo 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, artículo 13 Nr. 6 y 76-79 BVerfGG) y concreto (artículo 100 Abs. 1 GG, artículo 13 Nr. 11, y artículo 80-82 BVerfGG)¹².

¹¹ Pueden, por lo tanto, también ser examinadas las disposiciones procedimentales y organizativas de la GG. Además, en cada caso y, por tanto, también en los supuestos de control abstracto, se pueden examinar las violaciones de los derechos fundamentales.

¹² En *konkrete Normenkontrolle*, si v. Wernsmann, Rainer, "Konkrete Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG)", *Jura*, Alemania, 2005, pp. 328-336; Klein, Eckart, *Konkretes Normenkontrollverfahren*, en Benda, Ernst *et al.*, *Verfassungsprozessrecht*, 3a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2011.

4.1. La sentencia de aceptación (nulidad)

La sentencia de aceptación es en el ordenamiento alemán, una sentencia declarativa. Al aceptar la cuestión de legitimidad constitucional de la norma impugnada, la declara inconstitucional y por tanto nula *ex tunc e ipso iure* (*Nichtigerklärung*).¹³ La sentencia podrá, según la decisión del Tribunal, declarar la nulidad de toda la norma, o bien, sólo una parte de ésta, con base en el principio de economía. Estas sentencias de aceptación parcial (*Teilnichtigkeitserklärung*)¹⁴ se diferencian de aquellas que hacen referencia a las partes específicas de la norma impugnada (las cuales declaran nula una parte, una palabra o un párrafo)¹⁵ y en sentencias que, en cambio, declaren la inconstitucionalidad "en la medida en que", *soweit*, la norma no podrá aplicarse a una serie de casos.¹⁶ En cuanto al tipo de sentencias aditivas (aquellas que sancionan una omisión legislativa), el BVerfG ha excluido en primera instancia la posibilidad de utilizarlas,¹⁷ para posteriormente modificar su propia posición con la adopción de sentencias de mera incompatibilidad (o inconstitucionalidad).¹⁸ Cabe destacar, por lo tanto, que el *Bundesverfassungsgericht* no puede anular ni abrogar una norma inconstitucional, precisamente en virtud de su contraste con el GG, es nula *per se* y, por lo tanto, no puede ser anulada ni abrogada. No es casualidad, de hecho, que la sentencia de aceptación sea definida por la GG, aunque no de forma expresa,¹⁹ y la BVerfGG (artículo 78 Satz 1; artículo 82 Abs. 1 y artículo 95 Abs. 2 Satz 1) como una sentencia que declara la nulidad.²⁰ Además, menciona el artículo 78 Satz 2 BVerfGG que la declaratoria de nulidad también afecta todas las

¹³ Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, Nomos, 1980.

¹⁴ Schleicht, Klaus y Koriath, Stefan, *op. cit.*, pp. 221 y ss.

¹⁵ BVerfGE 70, 251 (252).

¹⁶ BVerfGE 39, 1 (3).

¹⁷ BVerfGE 18, 288 (301).

¹⁸ V. *infra*, párr. 4.1.2.

¹⁹ Schlaich, Klaus, "Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica federale di Germania", en *Quaderni costituzionali*, Italia, núm. 3, 1982, pp. 557-592, especialmente p. 574.

²⁰ Recita el artículo 78 Satz 1: «erklärt es das Gesetz für nichtig».

demás disposiciones de la ley que resultan ser inconstitucionales. La sentencia tiene fuerza de ley (limitado al dispositivo, *Tenor*), por lo tanto, eficacia de ley (*Gesetzeskraft*) *erga omnes*, vía artículo 94 Abs. 2 GG, artículo 31 Abs. 1 y 2 BVerfGG, y es publicada en *Bundesgesetzblatt*.²¹ De este modo, todas las sentencias del Tribunal tienen efectos de cosa juzgada (*Rechtskraft*),²² por lo cual, son impugnables, irrevocables y obligatorias para todos los demás jueces, por lo que deberán cumplir, en cuanto al fondo, la posición del Tribunal que se haya pronunciado. Debe realizarse una aclaración de los efectos temporales de la sentencia. El BVerfG tiene la facultad de diferir en el tiempo el efecto de la inconstitucionalidad, de manera que la norma afectada por la declaración pueda permanecer vigente por un periodo no mayor a dieciocho meses. Basta decir que la declaración de nulidad de una norma genera problemáticas para el ordenamiento completo, especialmente en términos de seguridad jurídica, y crea lagunas normativas, intervenidas tanto por el legislador federal como por el propio *Bundesverfassungsgericht* con el fin de mitigar su carácter drástico. En primer lugar, el legislador ha hecho propia la preocupación y se ha ocupado de circunscribir sus efectos temporales, disponiendo en el artículo 79 Abs. 2 BVerfGG que todas las sentencias que sean publicadas sobre la base de una ley declarada nula en un segundo momento permanecen firmes. Como suele ocurrir, en ciertas ocasiones la cura resulta ser peor que la enfermedad, y aquí, el legislador, por exceso de celo, reproduce, en el sentido opuesto, el mismo rigor. Se mantiene firme, sin embargo, la excepción en los casos de una sentencia penal, incluso definitiva, según el artículo 79 Abs. 1 BVerfGG, y lo mismo ocurre incluso si la sentencia se encuentra fundamentada en la interpretación de una norma declarada incompatible con la GG;²³ no obstante cabe señalar que la ejecución de la sentencia penal no cesa *ipso jure*, si no que la revocación debe seguirse a instancia de parte.

²¹ En el punto, *amplius*, véase párr. 10. El *Bundesgesetzblatt* es una publicación oficial a nivel federal del Estado Alemán.

²² Para más detalles, véase *infra*, párr. 10.1

²³ En este sentido se encuentra la enmienda del BVerfGG de 1970.

Por lo que se refiere a la ejecución de las resoluciones civiles, el medio de oposición está garantizado en el artículo 767 (*Vollstreckungsgegenklage*) ZPO-Zivilprozessordnung (Código de procedimientos civiles). Además, los actos administrativos y jurisdiccionales que ya no son impugnables, mientras permanezcan en vigor, pueden en cualquier caso ser anulados a través de un recurso directo específico (artículo 95 Abs. 2 BVerfGG) o mientras el legislador no disponga lo contrario (§ 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG),²⁴ con lo que se entiende que, si estos actos aún no se han llevado a cabo, la ejecución forzada será inadmisibile (artículo 79 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG). Es precisamente sobre la base de esta disposición que parte de la doctrina y el mismo BVerfG²⁵ tienen por reconocida no sólo la práctica de la *Unvereinbarkeitserklärung*, sino también la de interpretación conforme vinculante.²⁶ De este modo, se reduce de forma significativa el efecto retroactivo de la sentencia de nulidad. En algunos casos, el BVerfG puede incluso mitigar los efectos transitorios de la retroactividad de la nulidad, es decir, señalar un tiempo posterior respecto a la entrada en vigor de las normas, como se ha mencionado anteriormente.²⁷ En segundo lugar, el Tribunal es el que interviene en primera instancia y, posteriormente, el legislador federal,²⁸ proporcionando la base legal para una práctica nuevamente consolidada (artículo 31 Abs. 2 Satz 2 y 3, y artículo 79 Abs. 1 BVerfGG). Se trata de la introducción de una nueva tipología de sentencia, creada *ex novo* y que mitiga los efectos de la declaratoria de nulidad, la sentencia de mera incompatibilidad.

4.2. La sentencia de mera incompatibilidad

La sentencia de mera incompatibilidad es una sentencia por medio de la cual el *Bundesverfassungsgericht* declara la inconstitucionalidad o la in-

²⁴ Principalmente en materia fiscal y de seguridad social. Véase BVerfGE 67, 256.

²⁵ Prümmer, Hans Paul, *Verfassung und Methodik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976, p. 43.

²⁶ Véase, *infra*, párr. 4.2.2.

²⁷ Bozza, Nadya, "La retroattività nella giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca", en *Rivista di diritto tributario*, Italia, núm. 1, 1996, pp. 3-15.

²⁸ Por enmienda de BVerfGG de 1970.

compatibilidad²⁹ de la norma impugnada sin declararla nula (*Unvereinbarkeitserklärung*). De manera análoga a la sentencia de nulidad, también la de incompatibilidad se publica en el *Bundesgesetzblatt*. En la mayor parte de los casos, el Tribunal será el encargado de optar por una u otra tipología de sentencia, el cual tendrá, precisamente, un impacto diferente en el ordenamiento. Regularmente la sentencia de inconstitucionalidad (o incompatibilidad) es utilizada para evitar un vacío en el ordenamiento jurídico³⁰ que sería incluso más perjudicial y lesivo para la GG respecto a la supervivencia de una norma inconstitucional³¹ y esto incluso en los casos en que una norma viola el principio de igualdad;³² aunado a aquellos casos en los cuales el Tribunal ha reconocido claramente la posibilidad de que el legislador federal elimine la inconstitucionalidad de una norma de otra manera.³³ Por lo tanto, resulta quizás ser la consecuencia más importante de este tipo de sentencia introducida por el propio Tribunal en términos de relaciones entre órganos, y entre el propio *Bundesverfassungsgericht* y el legislador, de manera que se crea una situación en la cual el primero genera una obligación por parte del segundo para mejorar la calidad de la legislación federal eliminando los perfiles de inconstitucionalidad.³⁴ Usualmente, la intervención del legislador se concentra en la anulación de las partes declaradas inconstitucionales y en su sustitución por normas conformes, a veces incluso indicadas por el propio BVerfG. Sin embargo, aún no está claro cómo, o si debe el BVerfG actuar en los casos en que el legislador no lo haga, incumpliendo con el mandato de reparación (*Nachbesserung*) de la ley declarada inconstitu-

²⁹ La norma impugnada es definida por el BVerfGG «mit dem Grundgesetz unvereinbar».

³⁰ Como ha establecido el Tribunal en BVerfGE 8, 1.

³¹ Bajo ese mismo sentido, la famosa pronunciación sobre el acceso al estudio.

³² La violación a este principio sucede cuando el legislador concede un beneficio o ventaja a una categoría limitada de personas, por tanto, de forma excesivamente limitada. Por supuesto que esta desventaja puede ser eliminada, para ampliar el círculo de personas beneficiarias. Véase, BVerfGE 18, 288 (301 y ss.).

³³ Pronunciado en la Ley de Instrucción Superior (BVerfGE 35, 79).

³⁴ Véase Luther, Jörg, "La giustizia costituzionale nella Repubblica federale di Germania", en J. Luther et al., *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, t. 1, p. 177 e Id., *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, en *Diritto e Società*, Italia, núm. 1, 1993, pp. 307-327.

cional (más no declarada nula).³⁵ En el caso del *konkrete Normenkontrolle*, la elección de la sentencia de mera inconstitucionalidad (o incompatibilidad) es ligeramente diferente respecto al caso de *abstrakte Normenkontrolle*, en virtud de la concreción propia del proceso constitucional operado por el Tribunal. En concreto, por tanto, afirmar que la ley es incompatible pero no nula trae como resultado la no aplicación (*Anwendungssperre*) de la ley al caso concreto —y en los casos pendientes— sin privarla de su validez. En cualquier caso, el Tribunal suele indicar el intervalo de tiempo en el que una ley incompatible conserva su validez, con el que crea un periodo transitorio en el que se garantiza al legislador la posibilidad de intervenir.³⁶ Tanto en el presente asunto como en el de "exclusión de una posición de desventaja contraria al principio de igualdad",³⁷ el BVerfG, al declarar la incompatibilidad de la disposición impugnada con la GG, se ocupa de diferenciar las consecuencias jurídicas de la decisión, de modo que los efectos temporales son mayormente flexibles respecto a aquellos de las sentencias de nulidad.³⁸ Podrá entonces decidir si suspender el juicio en relación con la causa principal y en cualquier causa paralela,³⁹ poner barreras a la aplicación o a la vigencia transitoria de la disposición inconstitucional⁴⁰ o, bien, imponer al legislador la obligación de remover la situación de inconstitucionalidad.⁴¹

4.3. La sentencia de conformidad con la Constitución

La sentencia de conformidad con la Constitución (*noch Vereinbarkeit*) evidencia el esfuerzo del Tribunal de preservar la certeza y la integridad del ordenamiento jurídico, ya que afirma que una ley es conforme a la Constitución (y por lo tanto la cuestión es rechazada) pero al mismo tiempo se apela al legislador para que éste intervenga y lo haga com-

³⁵ Luther, Jörg, "La giustizia costituzionale nella Repubblica federale di Germania", op. cit., p. 182.

³⁶ *Ex multis*, véase BVerfGE 21, 292 (305); BVerfGE 37, 217 (161) y BVerfGE 73, 40.

³⁷ BVerfGE 33, 303 (349).

³⁸ BVerfGE 68, 155; BVerfGE 79, 256 (274).

³⁹ BVerfGE 52, 369 (379).

⁴⁰ BVerfGE 33, 303 (395); BVerfGE 83, 130.

⁴¹ BVerfGE 32, 189 (221); BVerfGE 86, 369 (379 y ss.).

patible con la Constitución.⁴² Por este motivo, esta tipología es definida también como una decisión-apelación (*Appellentscheidung*).⁴³ Con base al *Appellentscheidung*, la ley aún es, por lo tanto, *verfassungsmässig* (constitucional), pero está destinada, en caso de falta de intervención "correctiva" del legislador, a convertirse en *verfassungswidrig* (inconstitucional). A este tipo de sentencia le es negada tanto el *Rechtskraft*, que el *Bindungswirkung* y la *Gesetzeskraft*.⁴⁴ En algunos casos, el Tribunal hace la mención expresamente del plazo en el que el *Bundestag* debe intervenir. La decisión "maestra" de esta jurisprudencia es la sentencia sobre el Estatuto del Sarre de 1955,⁴⁵ y la sentencia sobre distritos electorales de 1963.⁴⁶ Resulta claro que cada vez que el BVerfG decide hacer uso de este tipo de sentencia debe sopesar adecuadamente el impacto político, aunque el carácter vinculante de su apelación al legislador sea bastante bajo.

4.4. La sentencia de interpretación conforme a la Constitución

Otra tipología con la que no debe confundirse la sentencia de conformidad con la Constitución es la representada por la sentencia de interpretación conforme a la Constitución (*verfassungskonforme Auslegung*).⁴⁷ Su utilización se remonta a los albores de la actividad del BVerfG (1953),⁴⁸ precisamente por considerar el hecho de que la razón inspiradora es el principio de la preferencia por la interpretación conforme a la Constitución, acompañado del principio de presunción de validez de

⁴² *Ex multis*, véase BVerfGE 49, 168 (183).

⁴³ Schlaich, Klaus y Koriath, Stefan, *op. cit.*, pp. 241 y ss. Häberle, Peter, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, *op. cit.*, p. 68.

⁴⁴ *Amplius*, véase *infra*, párr. 10; además una explicación más amplia de estos efectos en el apartado 10 de este trabajo (nota de la traducción).

⁴⁵ BVerfGE 4, 157.

⁴⁶ BVerfGE 16, 130.

⁴⁷ Véase Schlaich, Klaus y Koriath, Stefan, *op. cit.*, pp. 245 y ss. Si v. también Schefold, Dian, *L'interpretazione conforme a Costituzione, Relazione Convegno AIC 2006*, www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2006 y Id., "Verfassungskonforme Auslegung zwischen Italien und Deutschland", en Id., *Bewahrung der Demokratie*, Berlin, Wissenschafts-Verlag, 2012, pp. 352-374.

⁴⁸ Ciertamente también gracias a la circulación de los modelos estadounidenses y suizos. Sobre la jurisprudencia de la interpretación relativa conforme a los primeros años de actividad, véase J. Luther, *Le interpretazioni adeguatrici nel diritto tedesco vivente*, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

la ley.⁴⁹ Por lo tanto, en la base de esta variante está la voluntad de poder hacer frente de la manera más eficaz y eficiente, también en términos de seguridad jurídica, a las situaciones altamente complejas, especialmente bajo el perfil interpretativo. De hecho, cuando una disposición presenta varias interpretaciones y no todas compatibles con el GG, en este tipo de sentencias el Tribunal interviene y se pronuncia, determinando aquella que se ajuste a la GG, con lo que permite que la ley no sea declarada nula.⁵⁰ Por lo tanto, es correcto definir esta tipología de sentencia como una declaración de nulidad parcial. La relación que viene consecuentemente a crearse entre el *Bundesverfassungsgericht* y el *Bundestag* podría parecer después de todo análoga al caso del pronunciamiento de inconstitucionalidad (o incompatibilidad); pero si se observa de manera más atenta, no lo es. Y la distinción entre las dos situaciones está precisamente constituida por la interpretación. En efecto, en la sentencia de conformidad, el Tribunal, especificando la interpretación que es conforme con la Constitución y, por tanto, la interpretación que debe darse a la disposición impugnada, va a reducir el margen de intervención del legislador que al recibir la sentencia del Tribunal se ve en un cierto modo obligado a ceñirse a la interpretación dada y, por tanto, a reformular la disposición en dichos términos. Otra consecuencia, siempre tratándose de las relaciones entre los dos órganos, es que la interpretación conforme tiene un efecto *erga omnes*, artículo 31 Abs. 1 y 2 BVerfGG, en otras palabras, la interpretación de esa disposición que debe darse en el futuro es la que establezca el Tribunal y no la del legislador federal.⁵¹ Además la sentencia de interpretación conforme se publica también en el *Bundesgesetzblatt*.

⁴⁹ *Ex multis*, véase BVerfGE 2, 266 (282). En BVerfGE 1, 299 (310ffs.), hace referencia a una interpretación aparentemente conforme o al menos orientada al GG, respecto a una disposición que supeditaba la distribución de fondos federales para la construcción de viviendas a un "consenso" de los *Länder* (artículo 14 *Wohnungsbaugesetz*). Entre las interpretaciones que pedían la unanimidad o, al menos, una mayoría de los *Länder*, el BVerfG optó sobre la base del principio de cooperación leal, la unanimidad mitigada por la prohibición de negar el consenso por razones no pertinentes a los criterios de repartición. Se dedujo el principio no escrito de la *Bundesfreundlichkeit*, una regla que hacía que el requisito de unanimidad fuera inconstitucionalmente sostenible.

⁵⁰ Véase BVerfGE 64, 229 (242) y BVerfGE 74, 297 (344 y ss.).

⁵¹ Schlaich, Klaus, *op. cit.*, p. 577.

Respecto a este tipo de sentencias, sólo queda precisar cómo se aplicará a todos los jueces la obligación de esta interpretación conforme. Por tanto, se deduce que una cuestión incidental se considera inadmisibile si el juez común no toma en consideración la posibilidad de una interpretación conforme, teniendo en cuenta dicha posibilidad. El juez *a quo* no debe, por tanto, sólo ocuparse de las hipótesis de interpretación adaptativa que ya han surgido en la jurisprudencia y la doctrina, sino que debe ir a buscarlas él mismo en la medida de lo posible.⁵² El dato que se desprende es, por lo tanto, cómo para el BVerfG la interpretación conforme es un deber de todos los jueces. Por supuesto, también es cierto, sin embargo, que el cumplimiento de las funciones nomofílicas de las demás supremas magistraturas federales (artículo 95 GG), así como la seguridad jurídica, exigen el cumplimiento de la jurisprudencia común, en consideración a que la interpretación y aplicación de las leyes ordinarias pertenecen a los jueces que están "más cerca de la causa",⁵³ esto debería por tanto llevar al BVerfG a no imponer interpretaciones divergentes de las opiniones dominantes, de la jurisprudencia y de la doctrina.

E. La *Verfassungsbeschwerde*

Uno de los trazos distintivos del modelo de justicia constitucional alemán es, a partir de 1968,⁵⁴ la *Verfassungsbeschwerde*, el recurso constitucional directo.⁵⁵ Aunque el BVerfG tiene un mecanismo bastante rígido para seleccionar los recursos, el BVerfG se ha visto abrumado de éstos, tanto que ha tenido que modificar su estructura interna, con la creación

⁵² BVerfGE 85, 329 (333 y ss.).

⁵³ BVerfGE 40, 88 (94): «ist Sache der sachnäheren Fachgerichte».

⁵⁴ Más preciso, en 1968 la modificación constitucional, con intervención en los artículos 19 y 93, introduce la *Verfassungsbeschwerde* en la GG, recurso que ya estaba previsto a nivel de legislación ordinaria por el BVerfGG (artículo 13 Nr. 8ª y 90-96).

⁵⁵ Sobre la *Verfassungsbeschwerde*, véase Häberle, Peter, "La *Verfassungsbeschwerde* nel sistema della giustizia costituzionale tedesca", *op. cit.*; Rescigno, Francesca, "La giustizia costituzionale in Germania", en Olivetti, Marco y Groppi, Tania, *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 93-136, especialmente p. 117 y ss.

de *Kammern* (cámaras o secciones) al interior de los *Senaten* (salas en que se divide el Tribunal Constitucional Federal Alemán). Al hablar, por lo tanto, de tipología de decisiones y de recurso directo, es oportuno partir del papel desempeñado por los *Kammern*. Éstos, integrados por tres jueces, son competentes para conocer de los recursos en forma preliminar y decidir sobre su admisibilidad. La decisión, tanto de admisibilidad como de inadmisibilidad, es unánime, inapelable y no requiere de motivación (artículo 93d BVerfGG).

Los *Kammern*, así como los *Senaten* en fase de juicio, pueden ordenar la suspensión del acto impugnado con una vigencia de seis meses, prorrogables, si el perjuicio es evidente. Para ser admisible (artículo 93a BVerfGG), el recurso debe tener un significado jurídico constitucional fundamental⁵⁶ y debe ser idóneo y capaz de hacer valer efectivamente un derecho fundamental mencionado en el artículo 90 Abs. 1 BVerfGG.

Una vez que los *Kammern* han encontrado que el recurso tiene por objeto efectivo (*angezeigt*) hacer valer un derecho fundamental y que está bien fundado, lo admiten, siempre que, de conformidad con el § 93c Abs. 1, "el asunto relevante para la decisión del recurso constitucional haya sido decidido" por el BVerfG.

Sin embargo, es posible, como lo prevé el artículo 93b Satz 2, que los *Senaten* decidan sobre la admisibilidad del caso en que los *Kammern* refuten la admisión o la declaren inadmisibles antes de que el BVerfG ya se haya expresado, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 93c Abs. 1. Por lo tanto, desde el punto de vista, por así decirlo, del contenido de la sentencia, el Tribunal está fuertemente vinculado en sede de recurso directo a ser competente para juzgar únicamente sobre la violación de derechos fundamentales y constitucionales relativos al *status activus*. Todas las demás cuestiones, tanto de derecho como de hecho, son competencia de los tribunales ordinarios, cuya valoración vincula al BVerfG.

⁵⁶ Es, por tanto, la primera condición de admisibilidad; *cf.* BVerfGE 90, 22 (24 y ss.).

Además, el ciudadano puede activar el procedimiento una vez agotados todos los demás recursos previstos en la ley. Cuando se declara admisible, el recurso pasa a ser competencia del *Senat*, que deberá decidir si lo acepta o lo rechaza. La decisión de inadmisibilidad de la *Beschwerde*, dictada por los *Kammern* o los *Senaten*, no está dotada de *materielle Rechtskraft* ni de *Bindungswirkung*. En su lugar, está dotada de *formelle Rechtskraft*, —y consecuentemente no impugnabile (§ 93d Abs.1 Satz 2 BVerfGG)— así como de *innerprozessuale Bindungswirkung*.⁵⁷

Las decisiones de admisibilidad también están dotadas de *innerprozessuale Bindungswirkung*. Si la BVerfG se pronuncia a favor de la recurrente estimando el recurso, y se comprueba por tanto la vulneración de un derecho fundamental, la sentencia de aceptación declara nulo (total o parcialmente) el acto impugnado. El dispositivo, que no contiene los motivos de la sentencia, debe limitarse a responder de forma genérica a la cuestión del cumplimiento de los derechos fundamentales, por lo que no es objeto del procedimiento la cuestión de qué específico derecho fundamental afecta al acto impugnado.⁵⁸ La sentencia que concede el recurso produce *materielle Rechtskraft*, ex § 95 Abs. 1 BVerfGG, el cual tiene un efecto vinculante para todos los órganos constitucionales tanto del *Bund* como de los *Länder*, como los órganos judiciales y administrativos (*Bindungswirkung* ex §31 Abs. 1 BVerfGG y *Gestzkraft* ex § 31 Abs. 2 BVerfGG). La *materielle Rechtskraft* es también aplicado si el Tribunal declara nula la ley contra la cual se interpuso el recurso, de acuerdo con las disposiciones del artículo 95 Abs. 3 BVerfGG. La *materielle Rechtskraft* sólo involucra el dispositivo, pero no las motivaciones. Las consecuencias de la aceptación varían según el tipo del acto impugnado. En el caso de un acto administrativo, el BVerfG puede simplemente ordenar una prohibición de reiteración; si se trata en cambio de una ley, entonces el BVerfG declara su nulidad o incompatibilidad con la GG (por lo tanto no habrá diferencia con lo analizado anteriormente en la *Normenkontrolle*),⁵⁹

⁵⁷ Detterbeck, Steffen, *op. cit.*, p. 537.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 523.

⁵⁹ Véase *supra*, párr. 4.

finalmente, en el caso de un acto jurisdiccional, el BVerfG ordena la remisión del caso al juez que primero cometió la violación y al mismo tiempo declara caducadas las disposiciones posteriores (sólo en algunos casos el BVerfG también define directamente la sentencia *a quo*). En el caso de una ley declarada nula, el legislador federal tiene plena libertad de decidir si remueve los perfiles de inconstitucionalidad, como lo requerirían los propios principios constitucionales. Por tanto, la sentencia de aceptación da lugar a la prohibición de volver a presentar un recurso idéntico (*Wiederholungsverbot*). Sin embargo, esta prohibición no aplica a los actos que no han sido afectados por la *materielle Rechtskraft* y la fuerza de ley (*Gesetzeskraft*).⁶⁰ Además, la aceptación también puede extenderse para declarar la nulidad de cualquier eventual reiteración del proveído impugnado en violación de la GG (artículo 95 Abs. 1 Satz 2) y por lo tanto, tener un carácter preventivo.

A esta declaración se aplica después la misma fuerza de la sentencia de aceptación y por tanto de *Bindungswirkung* y de *Gestzskraft* ex § 31 BVerfGG. La *materielle Rechtskraft* es relevante sólo si la repetición de los actos (*Wiederholungsakte*) se dirigen al promotor del recurso. El artículo 93c Abs. 1 dispone que los *Kammern* pueden, mediante una ordenanza (o auto), decidir sobre el fondo del recurso (*Beschwerde*), si la cuestión constitucional pertinente ya ha sido resuelta previamente por el BVerfG. De ello se deduce que la ordenanza es totalmente comparable a una sentencia de aceptación de los *Senaten*. Por lo tanto, está dotado de *Rechtskraft*, tanto formal como material y de *Bindungswirkung* según el artículo 31 Abs. 1 BVerfGG pero no de *Gesetzeskraft* según el artículo 31 Abs. 2 BVerfGG. El artículo 93d Abs. 1 Satz 3 de hecho reserva sólo a los *Senaten* las decisiones destinadas a producir los efectos mencionados en el artículo 31 Abs. 23 BVerfGG.

Por otro lado, la sentencia de rechazo es diferente, en cuanto a que las motivaciones vienen a asumir relevancia pues están dotadas de *materielle*

⁶⁰ *Amplius*, véase Detterbeck, Steffen, *op. cit.*, pp. 529 y ss.

Rechtskraft. Y ello porque no se limita a la decisión sobre la validez o no del recurso (*Beschwerde*), sino que también involucra la cuestión de la conformidad del acto impugnado con respecto a los derechos fundamentales. Esta sentencia tampoco está dotada de *Gesetzeskraft*. Nuevamente, en lo que se refiere a las cuestiones relativas a la *materielle Rechtskraft*, ya sea que se acepte o se rechace el recurso, en un plano subjetivo se limita al promotor de éste y a las partes que intervienen.

F. Resolución de conflictos

El *Bundesverfassungsgericht* también desempeña un papel fundamental como árbitro en la dinámica de la forma federal del Estado —resuelve los conflictos entre el *Bund* y los *Länder* y entre los *Länder* entre sí (*Bund-Länder Streitigkeiten*)— y de la forma de gobierno —resuelve los conflictos entre los órganos del Estado (*Organstreit*)—. En ambos casos, la sentencia del *BVerfG* se produce por recurso directo.

6.1. *Bund-Länder Streitigkeiten*

El *Bundesverfassungsgericht* es competente para juzgar dos tipos de conflictos federales sobre la base de las disposiciones de la *GG* y la *BVerfGG*. En ambos, el Tribunal puede pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de actos u omisiones de cualquier tipo (lo que significa que la facultad se extiende también a los actos legislativos y, por tanto, no sólo a los administrativos). De ello se desprende que el efecto de la sentencia es meramente declarativo, sin perjuicio, no obstante, de la obligación, en virtud del artículo 31 párr. 1 *BVerfGG*, de eliminar los vicios constatados por el Tribunal de Primera Instancia o de reformular los actos declarados inconstitucionales o de adoptar los actos ilegalmente omitidos.⁶¹ A tal efecto, el artículo 35 del *BVerfGG* establece que el Tribunal puede dictar órdenes de ejecución.

⁶¹ *Rechtskraft* 24, 300 (351).

El primer tipo —definido como el conflicto arquetípico, *der Urbild der Verfassungsstreitigkeiten*— es el contemplado en el artículo 93, párr.1, núm. 3 (diferencias de opinión sobre los derechos-deberes del *Bund* y los *Länder* en la ejecución, *Ausführung*, del derecho federal) y 84 párr. 4 Disposición 2 (deficiencia en la ejecución de las leyes federales) GG y artículos 13 núm. 7 y 68-70 *BVerfGG*. El objeto del procedimiento no es la interpretación abstracta de una o varias disposiciones de la GG, sino la decisión sobre un caso concreto que ha dado lugar a un conflicto real y concreto. Por ello, a menudo se establece un paralelismo con el *Bundesorganstreitverfahren*. Con respecto a la decisión, sobre la base de las disposiciones del artículo 69 *BVerfG* se aplican las disposiciones del artículo 67 *BVerfG* (conflictos entre órganos).

No hay que olvidar que en los procedimientos basados en el artículo 84 párr. 4, la intervención del *BVerfG* va precedida de la del *Bundesrat*. Por lo tanto, es contra la decisión del *Bundesrat* que el *Bund* o el *Land* pueden interponer un recurso ante el Tribunal. En cualquier caso, el objeto del procedimiento no es nunca la conformidad constitucional de la decisión del *Bundesrat* y, en consecuencia, el pronunciamiento del *BVerfG* nunca puede dar lugar a la revocación de la decisión de la Cámara Alta. El artículo 67 de la *BVerfG* no prevé dicha abrogación. La decisión es de materia de *Rechtskraft*. El *Rechtskraft* en sentido subjetivo implica naturalmente sólo a las partes del proceso. La decisión está dotada de *Bindungswirkung* contra todos los órganos del *Bund* y del *Land* sobre la base del artículo 31 párr. 1 *BVerfGG*. La decisión del Tribunal en este caso no está dotada de *Gesetskraft*. No es posible juzgar aquí la constitucionalidad de una disposición, por lo que en caso de duda debe iniciarse un procedimiento de revisión abstracta.

El segundo tipo de conflicto que puede surgir entre el *Bund* y los *Länder* se refiere a otros conflictos de derecho público no incluidos en los mencionados en el artículo 93 párr. 1, núm. 4, 1. GG y en los artículos 13 núm. 8 y 71-72 *BVerfGG*. La decisión del Tribunal está dotada tanto de *Rechtskraft* como de *Bindungswirkung*, según el artículo 31 párr. 1 *BVerfGG*, pero no *Gesetskraft*.

6.2. *Organstreitigkeiten*

El *Bundesverfassungsgericht* es competente para juzgar los conflictos inter e intraorgánicos en el *Bund* (*Bundesorganstreitverfahren*) sobre la base del artículo 93 párr. 1 núm. 1 GG y artículo 13 núm. 5 y artículos 63-67 *BVerfGG*. En estos conflictos, la resolución del Tribunal se refiere exclusivamente a los actos impugnados por el órgano que interpone el recurso y, al igual que en el caso de la resolución de conflictos federales, tiene un efecto meramente declarativo. Sin embargo, a diferencia de esta última, la decisión no puede ordenar la anulación del acto impugnado ni establecer una obligación de actuar por parte de uno de los organismos implicados en el conflicto. El fundamento del carácter meramente declarativo de la sentencia, que no impone, por tanto, ninguna obligación jurídica a los órganos constitucionales reside en el hecho de que se espera que dichos órganos actúen en la dirección requerida sobre la base de la mera constatación realizada por el Tribunal. En el plano subjetivo, el *Rechtskraft* sólo afecta a las partes del proceso. Sin embargo, también es posible dar efecto vinculante a estas sentencias, sobre la base del artículo 31 párr. 1 *BVerfGG*, que establece precisamente el carácter vinculante de las decisiones del Tribunal para todos los órganos del *Bund* y de los *Länder*. De ello se desprende que el organismo declarado culpable de una infracción de la GG debe tomar medidas para eliminarla. Por otro lado, se excluye la ampliación de la *Gesetzeskraft* en virtud del artículo 31 párr. 2 *BVerfGG*. Sin embargo, independientemente de estas disposiciones, el artículo 67 disposición 3 *BVerfGG* plantea una duda que no es fácil de resolver sobre si las sentencias dictadas sobre la base de esta disposición están dotadas de *Rechtskraft* y *Gesetzeskraft*. Según la disposición 3, el *BVerfG* puede, en la parte dispositiva, decidir también una cuestión de derecho relevante para la interpretación de la disposición de la GG de la que depende la constatación de una infracción.⁶² No se puede descartar que en este caso los motivos sean también materia de *Rechtskraft*, naturalmente con efecto *inter partes*. Sin embargo, en lo que respecta a la

⁶² Ver Detterbeck, Steffen, *op. cit.*, pp. 398 y ss.

Gesetzeskraft, podría argumentarse que las sentencias en virtud del artículo 67 disposición 3 sólo gozan de ella si es posible declarar la constitucionalidad de una ley sobre la base de ésta. No obstante, si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 31 párr. 2 debería ser posible excluir la *Gesetzeskraft* para este tipo de juicios; además, una decisión sobre la constitucionalidad de una ley no es realmente posible sobre la base del artículo 67 disposición 3 *BVerfGG*.

6.3. *Landesorganstreitverfahren*

Del mismo modo, el *Bundesverfassungsgericht* es competente, sobre la base del artículo 93 párr. 1 núm. 4, 3. Var. GG y artículos 13 núm. 8, 3. Var. Y 71-72 *BVerfGG*, para juzgar también los litigios entre organismos de cada *Land* (*Landesorganstreitverfahren*). El artículo 93, limitado a esta competencia, puede considerarse como un espejo del artículo 99, dedicado a los litigios constitucionales dentro de un *Land*.⁶³ Asimismo, las disputas internas entre los órganos de un *Land* pueden considerarse un reflejo de las que pueden producirse a nivel federal, entre los órganos del *Bund*. Al igual que este último, la decisión del Tribunal no da lugar a ninguna materia de *Rechtskraft*. La cuestión de si la decisión conforme al artículo 31 párr. 1 del *BVerfG* puede considerarse como *Bindungswirkung* sigue siendo bastante controvertida. Hay que señalar que la *Bindungswirkung* debe referirse principalmente a la interpretación de la GG por parte del Tribunal, mientras que según el artículo 93 párr. 1 núm. 4, 3. Var sólo debe ser vinculante la interpretación de la *Landesverfassung*. Según el artículo 31 párr. 2 *BVerfG*, el *Gesetzeskraft* debe ser excluido, como también es el caso del *Bundesorganstreitverfahren* según el artículo 93 párr. 1 núm. 1 GG. Hay que señalar que también en este caso el *BVerfG* actúa como órgano del *Bund* (*Bundesorgan*) y no del *Land* implicado en el procedimiento (*Landesorgan*), aunque el *Bund* no se ve afectado en absoluto por el litigio resuelto por el Tribunal.

⁶³ Ver *infra*, par. 7.

6.4. *ZwischenLänderstreitverfahren*

Una última categoría de conflictos para los que el Tribunal es competente es la de los conflictos entre varios *Länder* (*ZwischenLänderstreitverfahren*) con arreglo al artículo 93, párr. 1, núm. 4, 2. GG y artículos 13 núm. 8 y 71-72 *BVerfGG*. Este tipo de conflicto puede considerarse una variante del ex 1. Var., es decir, el conflicto entre el *Bund* y los *Länder*. La decisión del Tribunal tiene *Rechtskraft* así como *Bindungswirkung*, pero no *Gesetzeskraft*. Y es que, como ya se ha visto en el caso del conflicto entre el *Bund* y los *Länder*, el objeto del procedimiento no puede ser la conformidad constitucional de una ley. *A fortiori* en este contexto, cuando el conflicto se refiere a un posible perjuicio para un *Landesrecht* por parte de otro *Land* y no por el *Bundesrecht*.

G. *Landesinterne Verfassungsstreit*

Según el artículo 99 de la GG, un *Land* puede disponer que el *BVerfG* decida sobre los litigios de carácter constitucional dentro del *Land*. Esta competencia es asumida por el *BVerfG* en el artículo 13 núm. 10 y artículos 73-75 de su propia Ley. Ahora bien, es la ley del *Land* la que puede conferir esta competencia al Tribunal de manera específica; además, si esta ley no regula ni el contenido ni los efectos de la decisión del *BVerfG*, es aplicable el artículo 72 párr. 2 del *BVerfGG* (Ex artículo 74) y, en general, toda la segunda parte del *BVerfGG*, dedicada a los procedimientos constitucionales artículo 75 *BVerfGG*). La aclaración que hace el artículo 75 es fundamental y necesaria, ya que el artículo 72 párr. 2, al que se refiere el artículo 74, se limita a regular el contenido de la decisión, pero no dice nada sobre sus efectos. En cuanto al contenido, el Tribunal debe decidir si la acción u omisión contra la que se ha interpuesto el recurso infringe una disposición de la Constitución del *Land*. Por lo tanto, las sentencias dictadas sobre la base del artículo 99 de la GG tienen, por aplicación analógica del artículo 31 párr. 1 y 2 del *BVerfGG* (según lo dispuesto en el artículo 75), materia de *Rechtskraft*, *Bindungswirkung* y *Gesetzeskraft*. Naturalmente, el contenido y los efectos de la sentencia

son relevantes en primer lugar para el *Landesrecht* y sólo subsidiariamente para el *Bundesrecht*, y por tanto con plena aplicación del artículo 31 párr. 1 que vincula no sólo a los órganos de los *Länder* sino también a los del *Bund*. Una aclaración adicional merece ser hecha y se refiere a la capacidad en la que el *BVerfG* se encuentra actuando aquí. El *BVerfG* no actúa como un órgano del *Bund*, sino como un órgano del *Land* en cuestión, es decir, como un *Landesverfassungsgericht*, cuando decide sobre conflictos dentro de un *Land*.⁶⁴

H. La competencia "menor"

El *Bundesverfassungsgericht*, además de sus competencias más tradicionales de control de las normas, de juzgar los recursos directos presentados por la ciudadanía y de resolver los conflictos entre los distintos niveles de gobierno, ejerce una serie de funciones adicionales que pueden clasificarse bajo el epígrafe de protección de la democracia (Véase más arriba, letras *f* a *l*). La democracia alemana se protege a sí misma confiando al Tribunal Constitucional Federal la tarea de velar por que el sistema jurídico siga siendo coherente con los parámetros constitucionales consagrados en la GG.⁶⁵ Sin embargo, hay que señalar que, en menor medida y de forma diferente, la tarea de salvaguardar los derechos fundamentales y proteger la Constitución corresponde a todos los Tribunales alemanes y, por tanto, no es, tras hacer las necesarias distinciones, responsabilidad exclusiva de Karlsruhe.

8.1. El *Präsidenten-Richteranklage*

El artículo 61 GG prevé la responsabilidad del *Bundespräsident* en los casos de "vorsätzlicher Verletzung des Grundgesetzes oder eines anderen Bundesgesetzes", es decir, la violación intencionada de la GG o de cualquier otra ley federal. En el caso de una acusación propuesta y votada

⁶⁴ Detterbeck, Steffen, *op. cit.*, p. 583.

⁶⁵ Rescigno, Francesca, *op. cit.*, p. 129.

por una de las dos ramas del Parlamento (Artículo 61 párr. 1), corresponde al *Bundesverfassungsgericht* juzgar si el Jefe de Estado es realmente culpable (artículo 61 párr. 2 GG y artículo 13 núm. 4 y ss. y artículos 49-57 BVerfGG).⁶⁶ En el ejercicio de su función de juez político, el Tribunal puede dictar una sentencia o un auto. La sentencia pone fin al proceso y, por tanto, reconoce al acusado como culpable o inocente de la acusación aprobada por el *Bundestag* o el *Bundesrat*. En este caso es la sentencia condenatoria la que tiene interesantes implicaciones en cuanto a sus efectos, ya que puede llevar a la pérdida del cargo presidencial.⁶⁷ Por lo tanto, la inhabilitación no opera automáticamente en caso de una sentencia condenatoria, sino que es el Tribunal el que tiene la libertad de decidir si inhabilita o no al *Bundespräsident* para ejercer su cargo. Si se realiza una votación, la inhabilitación comienza con la publicación de la sentencia (Artículo 56 párr. 2 BVerfGG). La parte dispositiva de la sentencia (*Tenor*) debe contener referencias precisas a la GG o a la ley federal de la que el Presidente es declarado culpable de una violación intencionada (Artículo 56 párr. 1 BVerfGG). En cuanto a sus efectos, la acusación de culpabilidad (*Schuldvorwurf*) afecta al titular del cargo como persona física de forma subjetiva, mientras que la constatación de infracciones objetivas afecta al *Bundespräsident* como órgano del Estado, por tanto, de forma independiente al titular del cargo; de ello se desprende que el posterior *Bundespräsident* también está vinculado por la sentencia. También es importante tener en cuenta que en este procedimiento el Tribunal sólo está vinculado por la *Rechtskraft* y no por la *Bindungswirkung* según el artículo 31 del BVerfGG. Esta distinción es muy relevante en el caso de un posible nuevo procedimiento contra el *Bundespräsident*.⁶⁸ En cambio, el auto (*Andordnung*), en virtud de su carácter de instrumento interlocutorio, puede ser utilizado por el Tribunal con un doble propósito: por un

⁶⁶ Hay que señalar que, en contra de lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico, no se trata de un caso penal, es decir, dirigido a hacer valer la responsabilidad penal del Presidente. De ello se desprende que no está prevista una composición especial o integrada del Tribunal. Por lo tanto, el juicio se mantiene en el ámbito de la responsabilidad política del Jefe de Estado.

⁶⁷ Dispone el texto como que el Tribunal «kann es ihn des Amtes für verlustig erklären».

⁶⁸ Ver Detterbeck, Steffen, *op. cit.*, p. 566.

lado, evitar que los daños ya causados al sistema por un presidente acusado se agraven aún más con su permanencia en el cargo y, por otro, permitirse cumplir su tarea de juez en el ambiente más sereno posible. Por lo tanto, el efecto de la orden provisional es impedir que el Presidente ejerza sus funciones presidenciales.⁶⁹

También es comparable a esta función la de juzgar los procedimientos contra los jueces federales y del *Land*, tal como se prevé en el artículo 98, apartados 2 y 5 GG⁷⁰ y en el artículo 13, núm. 9 BVerfG (con más detalle en los artículos 58 a 62). Los jueces federales que sean acusados por dos tercios del *Bundestag* de haber infringido los principios (*Grundsätze*) de la GG o el orden constitucional de un *Land* (*verfassungsmäßige Ordnung eines Landes*) en el ejercicio o no de sus funciones pueden ser llevados ante el Tribunal. El párr. 2 establece en este caso que el *Bundesverfassungsgericht* sólo puede intervenir con una sentencia que, en caso de culpabilidad probada, puede dar lugar al traslado a otro cargo o a la jubilación.⁷¹ Sin embargo, si el delito se reconoce como premeditado, la sentencia puede, como en el caso del *Bundespräsident*, llevar a la inhabilitación para ejercer el cargo.⁷² La sentencia tiene efecto constitutivo. A diferencia de la sentencia sobre el *Bundespräsident*, el contenido de la sentencia en este procedimiento es muy conciso, ya sea una absolución o una referencia al artículo 98 párr. 2 GG (artículo 59 párr. 1 BVerfGG). La reapertura del procedimiento a favor del condenado sólo es posible a petición de éste o, en caso de fallecimiento del interesado, de sus familiares (artículo 61 párr. 1 BVerfGG). Antes de la reapertura del procedimiento, el Tribunal tiene que decidir sobre la admisibilidad de la solicitud, que se decide sin una audiencia oral (Párr. 2). La sentencia puede confirmar la anterior o imponer una pena más leve o absolver al interesado (Párr. 3).

⁶⁹ De hecho, el texto alemán habla de un impedimento para la "*Ausübung seines Amtes*".

⁷⁰ Este párrafo puede considerarse como una especificación del párr. 2, que prevé la autonomía de cada *Land* para adoptar para sus jueces, en cumplimiento del derecho constitucional del propio *Land*, un sistema de responsabilidad como el previsto en el párr. 2, con lo que se entiende que la competencia en materia de responsabilidad de un juez federal sigue siendo de *Karlsruhe*.

⁷¹ Por lo tanto, el Tribunal puede ordenar que "el juez sea trasladado a otra función o liberado".

⁷² El texto alemán utiliza el término *Entlassung*.

8.2. *Grundrechtsverwirkung*

Otra forma de protección del orden democrático, prevista en el artículo 18 de la GG y en el artículo 13 núm. 1 y los artículos 36-42 de la BVerfG es la pérdida (*Verwirkung*) de los derechos fundamentales.⁷³ Si un ciudadano abusa (*mißbrauch*, mal usa) de determinados derechos⁷⁴ para subvertir el orden constitucional existente, puede ser privado de ellos por sentencia. La sentencia es de carácter constitutivo y tiene efecto *ex nunc* y es efectiva por tiempo indefinido o por el tiempo que determine el BVerfG, que no puede ser inferior a un año (artículo 39 párr. 1 BVerfGG). Una vez que el Tribunal se ha pronunciado sobre el fondo, sólo puede presentarse una nueva demanda contra el mismo demandado sobre la base de nuevos hechos; de lo contrario, la demanda se declara inadmisibile (artículo 41 BVerfG).

8.3. El *Parteiverbotsverfahren*

El ordenamiento constitucional, democrático y liberal se protege no sólo con la sanción del abuso de ciertos derechos, sino también declarando inconstitucionales a los partidos políticos que quieran situarse al margen de ella, mediante la difusión de ideas que atenten contra los principios sobre los que se fundamenta la República Federal (artículo 21 párr. 2 GG y artículo 13 núm. 2 y ss. y artículos 43-47 BVerfGG).⁷⁵ En este caso, la sentencia de inconstitucionalidad dictada por el Tribunal tiene el efecto de prohibir la reorganización del partido, lo que provoca la pérdida de los mandatos obtenidos por los miembros y el embargo de bienes (artículo

⁷³ Hasta la fecha, no se ha aplicado esta disposición.

⁷⁴ El artículo 18 los enumera: libertad de expresión del pensamiento (libertad de prensa en particular), enseñanza, reunión, asociación, secreto de la correspondencia, secreto postal y de las telecomunicaciones.

⁷⁵ En dos ocasiones el *Bundeverfassungsgericht* dictaminó que un partido político era inconstitucional; en el primer caso fue el Partido Nazi (véase *Rechtskraft* 2, 1) y en el segundo el Partido Comunista (véase *Rechtskraft* 5, 85). El procedimiento contra el NPD, en cambio, terminó de forma diferente, ver Ipsen, Jörn, "Das Ende des NPD Verfahrens", en *Juristenzeitung*, Alemania, 2003, pp. 485-490.

lo 46 párr. 3 *BVerfG*). El mismo artículo también prohíbe la reorganización del partido. Sin embargo, la cuestión es diferente si se forma un partido completamente nuevo y la prohibición no puede aplicarse. En cuanto a sus efectos, también se aplica el artículo 31 del *BVerfGG*, según el cual la sentencia es vinculante para todos los órganos constitucionales, pero no tiene fuerza de ley (*Gesetzeskraft*). En términos de tiempo, la sentencia tiene efecto *ex nunc*. Corresponde entonces al legislador, sobre la base del artículo 31, prever, mediante una ley formal, la privación de la condición de partido de la formación política afectada por la declaración de inconstitucionalidad. En cuanto a la naturaleza de la decisión, si es meramente declarativa o constitutiva, hay que señalar que es de ambos tipos. La prohibición de reorganización de los partidos debe considerarse meramente declarativa, mientras que el embargo de bienes tiene un carácter claramente constitutivo. También en este tipo de procedimiento se aplican las disposiciones del artículo 41 del *BVerfGG* sobre la presentación de una nueva solicitud.

8.4. La *Wahlprüfungsbeschwerde*

De acuerdo con el apartado 1 del artículo 41, el apartado 3 del artículo 13 y el artículo 48 de la *BVerfGG*, el *Bundestag* es responsable de la revisión de las elecciones y de la descalificación de las personas que ocupan cargos. La intervención del *Bundesverfassungsgericht* está prevista por la misma disposición sólo de forma subsidiaria, es decir, como órgano competente para resolver los recursos contra las decisiones del *Bundestag* (*Wahlprüfungsbeschwerde*).⁷⁶ Por lo tanto, la decisión del Tribunal puede ser una decisión positiva (*Antragstattgebende Entscheidungen*) o una decisión negativa (*Antragsabweisende Entscheidungen*). En el primer caso, la aceptación del recurso da lugar a la pérdida del mandato (*Mandatverlust*), que se basa en la declaración de la nulidad de la elección (*Ungültigerklärung*) o la rectificación de ésta (*Korrektur*). La sentencia tiene efecto

⁷⁶ Se prevé un procedimiento similar para la verificación de los miembros electos del Parlamento Europeo y el referéndum. Ver Luther, Jörg, "La giurisdizione costituzionale sul contenzioso elettorale politico in Germania e Austria", en *Quaderni costituzionali*, Italia, núm. 3, 1990, pp. 532-551.

ex nunc y es de carácter declarativo. La sentencia en este procedimiento, tanto si estima el recurso como si lo rechaza, tiene materia de *Rechtskraft* y, en las decisiones sobre el fondo, también la *Bindungswirkung* según el artículo 31 párr. 1 *BVerfGG*. En ningún caso posee *Gesetzeskraft* (ex artículo 31 párr. 2 *BVerfGG*). Si el Tribunal rechaza el recurso, la sentencia declara la validez de la elección. Cabe señalar que en el transcurso de esta sentencia el Tribunal también puede realizar un control incidental de la constitucionalidad de la legislación electoral. El *BVerfG* también es competente para pronunciarse sobre la validez del mandato (*Mandatsprüfung*), cuyo efecto puede ser la pérdida de la condición de diputado (*Mitgliedschaft*) o su restablecimiento. Esta sentencia también tiene la llamada materia de *Rechtskraft* y la *Bindungswirkung* según el artículo 31 párr. 1 *BVerfG*. Si el *BVerfG* no considera útil la vista oral para el procedimiento, puede prescindir de ella (párr. 3 *BVerfGG*).

8.5. La función nomofiláctica

Por último, queda por considerar la función nomofiláctica que el *Bundesverfassungsgericht* es competente para desempeñar sobre la base de las disposiciones de los artículos 100 y 126 *GG*. Según el artículo 100 párr. 2 *GG* y los artículos 13 núm. 12 y 83-85 *BVerfGG*, el Tribunal es cuestionado de forma incidental por un juez *a quo* sobre si las normas generales de derecho internacional de rango superior a la ley pertenecen al derecho federal alemán (*völkerrechtliche Verifikationsverfahren*). De ello se desprende que el procedimiento sigue aquí el mismo curso que en el caso de la repregunta de normas y que la decisión es, por tanto, una mera constatación con efecto vinculante y fuerza de ley (*Rechtskraft, Bindungswirkung* y *Gesetzeskraft*), tanto si se considera que la norma de derecho internacional pertenece al *Bundesrecht* como si no. Sólo se puede hablar de una materia de *Rechtskraft* en el caso de un proceso de adhesión según el artículo 83 párr. 2 *BVerfGG*, es decir, si el *Bundestag*, el *Bundesrat* o la *Bundesregierung* deciden intervenir en el procedimiento. El artículo 100 de la *GG*, esta vez en su párr. 3, así como los artículos 13 núm. 13 y 85 del *BVerfGG*, otorgan al Tribunal la facultad de resolver las

diferencias de interpretación sobre la GG a instancias de un *Landesverfassungsgericht* (*Divergenzvorlage*). El efecto de la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* en este caso es determinar cuál debe ser la interpretación de la disposición pertinente de la GG. El efecto de la sentencia es *erga omnes*, ya que sólo tiene *Bindungswirkung* en el sentido del artículo 31 párr. 1 *BVerfGG*. Carece de materia de *Rechtskraft* porque el procedimiento carece de las partes a las que debería surtir efecto. Del mismo modo, la *Gestzskraft* tal y como se regula en el artículo 94 párr. 2 disposición 1 GG no puede surgir para las *Divergenzentscheidungen*; el propio artículo 31 párr. 2 excluye la *Gesetzeskraft* en estos procedimientos. Por lo tanto, el hecho de que el *Landesverfassungsgericht* quiera apartarse de una sentencia del *BVerfG* con *Gesetzeskraft* no es relevante desde el punto de vista fáctico. En cualquier caso, independientemente de que estas decisiones produzcan o no *Bindungswirkung* en virtud del artículo 31 del *BVerfG*, están dotadas de un efecto especial, de modo que son vinculantes para el *landesverfassungsgericht* que planteó la cuestión. Este efecto sólo se aplica al *Landesverfassungsgericht a quo* y no debe confundirse en modo alguno con la materia de *Rechtskraft* ni con la *Bindungswirkung* ni con la *Gesetzeskraft*; podría definirse como una especie de *Bindungswirkung interprocesal*.⁷⁷ Por último, el artículo 126 de la GG y los artículos 13 núm. 14 y 86-89 de la *BVerfGG*, el Tribunal debe decidir sobre el rango de las fuentes anteriores a la GG (*Normenqualifizierungsverfahren*). Cabe señalar que esta competencia tiene poca relevancia práctica en la actualidad, si se tiene en cuenta que se ejerció por última vez en 1972.⁷⁸ El efecto de la decisión es comprobar la compatibilidad o incompatibilidad de las fuentes anteriores con la GG y, en caso de incompatibilidad, declararlas nulas. En cualquier caso, la declaración de no conformidad no puede estar contenida en *Tenor*; la parte dispositiva debe limitarse a señalar que la norma impugnada ya no puede aplicarse como derecho federal. De ello se desprende que la cuestión de la validez debe ser

⁷⁷ Detterbeck, Steffen, *op. cit.*, p. 499.

⁷⁸ *Rechtskraft* 33, 206 y ss.

abordada por el Tribunal exclusivamente y de forma incidental en los motivos.⁷⁹ Por lo que respecta a sus efectos, la decisión goza de *Rechtskraft*, *Bindungswirkung* y, en determinadas condiciones, *Gesetzeskraft*.

I. Otras consideraciones

De lo dicho hasta ahora se desprende claramente que el Tribunal goza de un amplio margen de apreciación a la hora de elegir el tipo de sentencia que debe utilizarse. La elección se hace de forma prospectiva, si se tiene en cuenta el efecto que la sentencia concreta tendrá en el ordenamiento jurídico. Y la importancia que el Tribunal concede a los efectos y la libertad de la que goza quedan de hecho demostradas por la práctica creativa del *BVerfG*, que le ha llevado a crear nuevos tipos de sentencias, como se puso claramente de manifiesto en el caso del juicio de mera inconstitucionalidad (o incompatibilidad). La elección de la tipología es, por tanto, decisiva para el tipo de efecto que el Tribunal quiere producir en el sistema jurídico. Esto también hace que sea bastante difícil predecir a qué sentencia recurrirá el *BVerfG*. Queda por hacer una especificación formal con respecto a la denominación de los pronunciamientos del *BVerfG* de acuerdo con el artículo 25 párr. 2 *BVerfGG*. Las adoptadas sobre la base de una audiencia oral se denominan *Urteil* (sentencia), mientras que las adoptadas en ausencia de audiencia se denominan *Beschluß* (orden).⁸⁰ Además, el Tribunal, *rectius*, el *Senaten*, puede adoptar órdenes en procedimientos simplificados, es decir, en los que la solicitud, declarada inadmisibile o manifiestamente infundada, es rechazada por unanimidad (*verworfen*), según el artículo 24 disposición 1 *BVerfGG*. Además, si el recurrente ya había sido informado de las dudas sobre el fondo y la inadmisibilidad, el auto no necesita ser motivado, según el artículo 24 disposición 2 *BVerfGG*. En cuanto a los efectos de estas decisiones, son vinculantes en virtud del artículo 31 del *BVerfGG* y, por tanto, gozan no sólo de *Rechtskraft* y *Bindungswirkung*, sino también de *Gesetzeskraft*.

⁷⁹ Detterbeck, Steffen, *op. cit.*, p. 478.

⁸⁰ Schlaich, Klaus y Koriath, Stefan, *op. cit.*, pp. 143 y ss.

Sin embargo, en el caso de la *Kammern*, es de su competencia pronunciarse sobre la inadmisibilidad de las solicitudes cruzadas por orden, actuando por unanimidad. Sin embargo, esta competencia no puede ejercerse en el caso de que el Tribunal *a quo* sea un Tribunal constitucional o federal de última instancia, de conformidad con el artículo 80a del *BVerfGG*. En cualquier caso, tanto en los recursos cruzados como en los casos de *Beschwerde* individuales (y por tanto no municipales) que también se refieren a la legalidad de los actos normativos, la decisión sobre la validez/infundamentación es competencia exclusiva del *Senaten*, sin posibilidad de intervención del *Kammern* (artículo 93c párr. 1 disposición 2 *BVerfGG*).

J. Los tres *Entscheidungswirkungen*

Según su tipo, toda sentencia judicial puede estar dotada de *Rechtskraft*, *Bindungswirkung* y *Gesetzskraft*.⁸¹ Sin embargo, esta "dotación" en el caso de algunas sentencias no siempre es clara, y la doctrina y el *BVerfG* siguen debatiendo al respecto. Además, la cuestión de la conexión entre la *Rechtskraft*, por un lado, y la *Bindungswirkung* ex artículo 31 párr. 1 *BVerfGG* y la *Gesetzskraft* ex artículo 31 párr. 2 *BVerfGG*, por otro, no está del todo clara. Además, merece la pena examinar con más detenimiento las *Entscheidungswirkungen* de la *Normenkontrolle* en relación con cuestiones muy importantes como *Parallelnormen*, *Wiederholungsverbot* y *wiederholte Vorlage*.

10.1. *Rechtskraft*

Al adquirir fuerza legal formal (*formelle Rechtskraft*), las decisiones del Tribunal no son revocables ni recurribles, ni siquiera por el órgano que las dictó. Sin embargo, también tienen fuerza jurídica material (materia de *Rechtskraft*), es decir, *inter partes*. Sin embargo, si las condiciones que

⁸¹ *Amplius*, v. Schlaich, Klaus y Koriath, Stefan, *op. cit.*, pp. 260 y ss. e. Detterbeck, Steffen, *op. cit.*, pp. 327 y ss.

produjeron la decisión cambian, se pierde su fuerza legal.⁸² Esto abre la posibilidad de que cualquier Tribunal ordinario devuelva el asunto al *BVerfG*, dados los cambios de hecho que se han producido.⁸³ El *Rechtskraft* en sentido material tiene sus efectos dentro de unos límites subjetivos, objetivos y temporales precisos, con el fin de mejorar el derecho y promover su desarrollo. En el plano objetivo, sólo la decisión y no los motivos dan lugar a materia de *Rechtskraft*. Además, es esencial que los límites objetivos de la decisión estén claramente delineados de tal manera que sea posible en el futuro instituir nuevos procedimientos sobre la misma ley, pero centrados en perfiles diferentes, por lo tanto, no examinados previamente por el Tribunal; de esta manera la materia de *Rechtskraft* no se interpone. Esto es especialmente cierto para el *Normenkontrollverfahren* en principio. En el caso de la *Verfassungskonforme Auslegung*, el *Rechtskraft* también implica los motivos, si el Tribunal en la sentencia declara que la ley es *verfassungsmäßig* sólo si se interpreta de acuerdo con la interpretación mencionada en los motivos, o si declara inconstitucionales otras interpretaciones expresamente mencionadas en los motivos. En la *Appellentscheidung* la ley sigue siendo *verfassungsmässig* pero está destinada a convertirse en *verfassungswidrig* si el legislador no toma medidas "correctivas". Para lo que aquí interesa, la materia de *Rechtskraft* de este tipo de decisiones, el hecho de que el legislador sea invitado por el *BVerfG* a intervenir para corregir la norma no afecta en absoluto a la *Rechtskraft*. La razón es que la futura constitucionalidad de la ley no es el objeto del procedimiento; el objeto es la constitucionalidad de la ley impugnada y el *BVerfG* se ha pronunciado sobre esta cuestión de legalidad. También se puede descartar que los motivos y las cuestiones prejudiciales planteadas en el procedimiento de urgencia no tengan materialidad jurídica. En cuanto a los límites subjetivos del *Rechtskraft*, de acuerdo con uno de los principios fundamentales del derecho procesal, se extiende únicamente a las partes del proceso, y a

⁸² Ver *Rechtskraft* 33, 199 (203).

⁸³ Ver *Rechtskraft* 82, 198 (205).

cualquier otra parte implicada (aunque no como parte principal), y al propio *BVerfG*.

10.2. *Bindungswirkung*

Además de la *Rechtskraft*, las sentencias del *BVerfG* también dan lugar a *Bindungswirkung*, ex artículo 31 párr. 1 *BVerfGG*.⁸⁴ Por lo tanto, las sentencias del *BVerfG* se caracterizan por tener un efecto más vinculante que las sentencias de Tribunales similares.⁸⁵ El artículo 31 párr. 1 del *BVerfG* establece que las sentencias del *BVerfG* son vinculantes para todos los organismos estatales. Este párrafo confiere un *Bindungswirkung* (efecto vinculante) especial porque a través de él la sentencia se extiende al aspecto subjetivo y personal, el llamado *erga omnes*, creando así, en términos de efecto, una ruptura con las sentencias ordinarias que en cambio tienen un efecto meramente *inter partes*. Sin embargo, el *BVerfG* no debe incluirse en la lista de todos los organismos estatales sujetos al efecto vinculante,⁸⁶ para no excluir posibles cambios futuros en la jurisprudencia. El *Bindungswirkung* se aplica a todas las sentencias del Tribunal, es decir, tanto a las sentencias estimatorias como a las desestimatorias. A diferencia de las sentencias que rechazan (*abweisen*) o desestiman (*verwerfen*) cuestiones inadmisibles pero que, sin embargo, son reproponibles (que se caracterizan, por tanto, por un efecto *inter partes*), las sentencias que rechazan una cuestión planteada incidentalmente por infundada producen un *Bindungswirkung* también para los jueces que tienen que resolver casos similares. Sin embargo, el *Bindungswirkung* no impide que el legislador reproduzca la ley declarada inconstitucional.⁸⁷ Los límites objetivos de la *Bindungswirkung* están muy claros en el contenido de la sentencia, por lo que la cuestión clave es qué parte de la decisión debe considerarse realmente como *Bindungswirkung*. Sobre la base de lo

⁸⁴ Detterbeck, Steffen, *op. cit.*, pp. 332 y ss.

⁸⁵ K. Schlaich, *Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica federale di Germania*, *op. cit.*, p. 580.

⁸⁶ *Rechtskraft* 4, 31 (38 y ss.). Ver anche *infra*, par. 10.4.1.

⁸⁷ *BVerfG* 77, 84 (103).

que el Tribunal —que aquí adopta una interpretación decididamente extensiva del artículo 31 párr. 1 del *BVerfGG*— ha establecido ahora, no sólo el *Tenor*, sino también los *tragende Entscheidungsgründe*, así como la interpretación constitucional, deben considerarse vinculantes, si contienen argumentos interpretativos de la *GG* y desempeñan así un papel "principal" para la sentencia y no el de *obiter dicta*. Así, las motivaciones sólo llegan a poseer *Bindung* cuando pueden ser calificadas como *tragend*. Sin embargo, la cuestión de la interpretación no está ni mucho menos cerrada.⁸⁸ En este sentido, se ha afirmado repetidamente que el *BVerfG* es el auténtico intérprete de la *GG* y el propio Tribunal ha insistido repetidamente en este punto. La eficacia obligatoria debe extenderse también a la exposición de motivos a la luz de la "Funktion des Bundesverfassungsgerichts als maßgeblicher Interpret und Hüter der Verfassung".⁸⁹

La interpretación de la Constitución es vinculante para todos los órganos del Estado y, por tanto, también lo es para el legislador constitucional. El caso individual decidido por el *BVerfG* es una pequeña parte del trabajo más amplio de elaboración del contenido del derecho constitucional. Ni qué decir que esta orientación del Tribunal respecto al carácter vinculante de los motivos ha sido objeto de numerosas críticas, especialmente en lo que se refiere a la dificultad de distinguir en muchos casos cuándo los motivos son realmente "principales" y cuándo no. Esto forma parte de la relación más compleja entre el *BVerfG* y el legislador federal y el ámbito de actuación que este último tiene realmente ante una intervención del primero, como ya se ha mencionado anteriormente, en relación con las sentencias de interpretación constitucional.⁹⁰ Un efecto igualmente negativo se produciría en relación con los demás Tribunales, que podrían abstenerse de ofrecer interpretaciones diferentes a las ya ofrecidas por el *BVerfG* y, por tanto, ver reducido sustancialmente a cero el impacto innovador de la opinión disidente.⁹¹ Por tanto, no

⁸⁸ Ver Schlaich, Klaus y Koriath, Stefan, *op. cit.*, pp. 270 y ss.

⁸⁹ Ver *BVerfG* 40, 88 (93).

⁹⁰ Párr. 4.2.2. xxx.

⁹¹ Ver el punto *infra*, párr. 12.

toda la doctrina está de acuerdo con el *BVerfG*, sino que argumenta en cambio que, al igual que en el caso de la *Rechtskraft*, la *Bindungswirkung* debe limitarse también al *Tenor*. Una interpretación que intenta mediar entre las dos orientaciones opuestas, excluyendo en una tendencia la *Bindungswirkung* de las motivaciones, sostiene que podría extenderse a todas las *Fälle vergleichbaren*, es decir, a casos comparables.⁹² Es cierto que la letra del artículo 31 párr. 1 es clara al hablar sólo de *Entscheidungen*, como lo es la del párr. 2 respecto a la *Gesetzskraft*. Precisamente con base en estas consideraciones, y por tanto desde el punto de vista de la necesidad del diálogo jurídico, sería más adecuado no extender la *Bindungswirkung* a la motivación.⁹³ Sin embargo, aunque se atribuya la *Bindungswirkung* a los *Gründen*, se plantea la cuestión de si debe ser absoluta o relativa. La *Bindungswirkung absoluta* debe ser característica de los motivos más detallados en los que el Tribunal interpreta la *GG*, mientras que la *Bindungswirkung relativa* debe ser característica de los motivos que están más anclados en la ley en cuestión en el procedimiento. En cuanto a la interpretación conforme a la ley, cabe señalar que los fundamentos de estas sentencias también pueden caracterizarse por una *Bindungswirkung absoluta* o relativa. Del mismo modo, las *Appenentscheidungen* gozan de *Bindungswirkung absoluta* o relativa de los motivos, según el caso; los *obiter dicta*, en cambio, nunca son vinculantes.

10.3. *Gesetzskraft*

La *Gesetzskraft* sólo puede surgir en los casos contemplados en el artículo 31 párr. 2 disposiciones 1 y 2 *BVerfGG*.⁹⁴ Por tanto, quedan excluidos

⁹² Detterbeck, Steffen, *op. cit.*, pp. 354 y ss.

⁹³ En este sentido Häberle, Peter, "La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca", *op. cit.*, p. 72.

⁹⁴ Artículo 31, párr. 2: «In den Fällen des art. 13 n.º 6, 6a, 11, 12 und 14 hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft. Das gilt auch in den Fällen des art. 13 n.º 8a, wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz als mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt. Soweit ein Gesetz als mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt wird, ist die Entscheidungsformel durch das Bundesministerium der Justiz im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen. Entsprechendes gilt für die Entschei-

todos los procedimientos de *Normenkontrolle*, independientemente de que sean abstractos o concretos. Esto hace que la *Gesetzskraft* sea totalmente independiente tanto de la *Rechtskraft* como de la *Bindungswirkung*. Aunque tienen la misma fuerza vinculante que una ley formal, las decisiones del Tribunal de Primera Instancia con *Gesetzskraft* no pueden considerarse un acto legislativo. Al igual que la *Rechtskraft* y la *Bindungswirkung*, la *Gesetzeskraft* se caracteriza por una dimensión objetiva, subjetiva y temporal. En cuanto a la primera dimensión objetiva, hay que señalar en primer lugar que sólo el *Tenor* puede caracterizarse por la *Gesetzeskraft*. Los motivos, en cambio, sirven para la interpretación de la decisión, así como para determinar las características de la *Gesetzeskraft*. Por lo tanto, sólo son relevantes en relación con el *Tenor*, y por ende no tienen *Gesetzeskraft* si se consideran de forma aislada, lo complementan, pero no lo sustituyen. En el caso de las sentencias de interpretación constitucional, la cuestión se complica con respecto a la distinción entre *Tenor* y *Gründen*, ya que se discute si sólo debe dotarse de *Gesetzeskraft* a la denominada *Vereinbarerklärung* —la "explicación" de la interpretación constitucional— o también a los fundamentos reales. Cuando el Tribunal declare que una ley en el *Entscheidungsformel* es conforme a la GG, estará entonces dotada de *Gesetzeskraft* y los motivos no son, por tanto, relevantes a efectos de la *Gesetzeskraft*. Si, por el contrario, el Tribunal declara la constitucionalidad de la ley sólo mediante una determinada interpretación, entonces esta interpretación conforme sí está dotada de *Gesetzeskraft*. Por lo tanto, no es importante si el *Entscheidungsformel* se refiere expresamente a los motivos o no. Por tanto, lo que hay que tener en cuenta es el *Entscheidungsformel* como tal. Las otras posibles interpretaciones que el Tribunal rechaza en los fundamentos no tienen *Gesetzeskraft*. Las *Appellentscheidungen*, en cambio, no dan lugar a ninguna *Gesetzeskraft* desde un punto de vista objetivo, y esto es bastante lógico si se recuerda que el rasgo distintivo de estas sentencias es la declaración de la norma

dingsformel in den Fällen des art. 13 nüm. 12 und 14». Cabe señalar que los casos contemplados en el artículo 13 núms. 6, 8a, 11, 12 y 14 se refieren a funciones nomofiláticas y *Verfassungsbeschwerde*.

aún conforme a la Constitución; el objeto del procedimiento no es la conformidad o no conformidad futura sino la conformidad presente. Por la misma razón, a este tipo de sentencia también se le niega tanto la *Rechtskraft* como la *Bindungswirkung*. En el plano subjetivo, la *Gesetzeskraft* carece absolutamente de límites, por lo que es totalmente comparable en su obligatoriedad a las leyes formales. De ello se desprende que el legislador formal y, por supuesto, el propio Tribunal también está subjetivamente sujeto a ella. Así, a diferencia del *Rechtskraft*, que opera *inter partes*, el *Gesetzeskraft* es *erga omnes*. Por último, en lo que respecta a la última dimensión, la dimensión temporal, la *Gesetzeskraft* y la *Rechtskraft* son comparables en el sentido de que ninguna de ellas excluye un recurso contra una situación posterior a la *Gesetzeskraft*.

K. Los *Entscheidungswirkungen* en el *abstrakte Normenkontrolle*

El primer aspecto por considerar es el de la materia de *Rechtskraft* de la sentencia. En cuanto a la materia de *Rechtskraft* en sentido subjetivo, parte de la doctrina, como también sugiere el *BVerfG*, niega el efecto *inter omnes*, por lo que la materia de *Rechtskraft* sería exclusivamente contra las partes implicadas en el procedimiento. Sin embargo, esta orientación no se acepta de forma inequívoca, ya que se pueden plantear dos sólidos argumentos en contra. En primer lugar, la finalidad del control de las normas, ya sean abstractas o concretas, no es proteger el interés individual sino el interés general. La *Beschwerde* del artículo 93 párr. 1 núm. 4a GG tampoco se refiere a la mera protección de los intereses del peticionario, sino a la cuestión de si la disposición impugnada es constitucional. En segundo lugar, el propio Tribunal ha subrayado en repetidas ocasiones⁹⁵ que el procedimiento previsto en el artículo 93 párr. 1 núm. 2 GG se justifica por la necesidad de examinar la constitucionalidad con independencia de las posiciones de los demandantes; de ello se deduce

⁹⁵ *Rechtskraft* 2, 307 (49); *Rechtskraft* 68, 346 (350 y ss.); *Rechtskraft* 67, 26 (37); *Rechtskraft* 52, 63 (80); *Rechtskraft* 20, 56 (86, 95); *Rechtskraft* 2, 307 (311); *Rechtskraft* 1, 396 (407).

que no es posible identificar a las partes del procedimiento, ya que no están en juego los derechos subjetivos de nadie. En las *abstrakte Normenkontrolle* las decisiones están dotadas de *Bindungswirkung* y *Gesetskraft* ex artículo 31 *BvefGG*, también de los *trangende Gründen*. La primera consecuencia —en la que también está de acuerdo la doctrina— es que se crea así una prohibición de repetición, es decir, de la repetición de la norma sancionada, respecto al legislador (*Normwiederholungsverbot*). Sin embargo, el propio Tribunal se ha apartado de esta orientación en varias sentencias, como en la *Beschluß* de 6 de octubre de 1987, en la que negó expresamente la existencia de esta prohibición para el poder legislativo, bajo el argumento de que ni el artículo 31 del *BVerfG* ni la *Rechtskraft* impiden al poder legislativo aprobar una nueva ley con un contenido igual o similar al de la ley sancionada por el Tribunal;⁹⁶ el *BVerfG* limitó aquí el ámbito de actuación del artículo 20 párr. 3 GG al ordenamiento constitucional y no al legislativo.⁹⁷ Por lo tanto, la cuestión sigue abierta. Lo que se desprende con certeza es que ambas orientaciones, ya sea afirmando o negando el *Wiederholungsverbot*, afectan al ámbito de actuación del legislador y pueden ir en detrimento de la seguridad jurídica. Otro punto importante para tener en cuenta es la relación entre el objeto del procedimiento, *Verfahrensgegenstand*, y la materia de *Rechtskraft*. Esta relación adquiere relevancia cuando el Tribunal tiene que pronunciarse sobre una *Wiederholungsgesetz*, es decir, una ley de contenido similar a una de las suyas sobre la que el Tribunal ya se ha pronunciado. De ello se desprende, y es muy natural, que el *BVerfG* no considere necesario volver a examinar la cuestión, sino que puede simplemente remitirse a su propio precedente y declarar directamente la nulidad de la ley impugnada. A menos que la situación política haya cambiado, en cuyo caso el *Rechtskraft* ya no tiene ningún efecto. Además, si la cuestión no se declara admisible, la decisión no goza de *Gesetzeskraft*. Dado que el efecto sólo afecta a los demandantes (y, por tanto, no a todos los organismos en virtud del artículo 77 del *BVerfG*), se impide al *BVerfG* juzgar una nueva cuestión planteada por las mismas partes.

⁹⁶ *Rechtskraft* 77, 84 (103).

⁹⁷ Detterbeck, Steffen, *op. cit.*, pp. 443 y ss.

La *Wiederholungsgesetz* también merece ser examinada en el contexto de la relación entre *Verfahrensgegenstand*, por un lado, y *Bindungswirkung* y *Gesetzeskraft*, por otro. La *Bindungswirkung* no se aplica a la *BVerfG*, que por tanto no está impedida de apartarse de su anterior sentencia de nulidad y declarar así una *Wiederholungsgesetz* conforme. En cambio, un *Normwiederholungsverbot* eficaz y ejecutable es el resultado de la *Gesetzeskraft* de una decisión de confirmación; por tanto, esta decisión tiene un efecto vinculante como si fuera una ley formal. Este efecto, en principio, sólo es propio del tenor de la sentencia. Otro problema que merece ser examinado es el de las llamadas reglas paralelas (*Parallelnormproblematik*). Es decir, si la sentencia de nulidad afecta también a las mismas o similares disposiciones promulgadas por otro legislador. Si éste es el caso, el legislador debería derogar la norma paralela o abstenerse de adoptarla. En realidad, sin embargo, la cuestión es más compleja, ya que hay que determinar si la *Rechtskraft* y *Gesetzeskraft* de la sentencia de nulidad afectan también a la *Parallelnorm* de otra legislatura o no. Para intentar resolver esta duda, hay que distinguir entre *Rechtskraft* y *Gesetzeskraft*, por un lado, y *Bindungswirkung*, por otro. Las dos primeras se refieren estrictamente al objeto del procedimiento, por lo que sólo pueden afectar a los paralelos si pertenecen al procedimiento que acaba de finalizar. Por supuesto, el objeto del procedimiento no se limita a la cuestión de la constitucionalidad de la ley impugnada, sino que también se trata de leyes de contenido similar adoptadas por otro legislador. Sin embargo, este último, al no estar directamente implicado en el procedimiento de *Normenkontrolle*, no es parte en el procedimiento en sentido subjetivo. Sin embargo, se deduce que la *Rechtskraft* y la *Gesetzeskraft* de una *Normenkassation* del Tribunal General también afectan a las *Parallelnormen* adoptadas por otra legislatura. En cambio, la *Bindungswirkung*, según el artículo 31 párr. 1, tiene efecto respecto a todos los organismos, tanto federales como estatales. Por último, queda por examinar la relación entre una nueva aplicación (*Wiederholte Vorlage*) y los juicios de conformidad anteriores. La materia de *Rechtskraft* (derecho material de recurso) impide que el Tribunal vuelva a examinar una ley sobre la que ya se ha pronunciado a raíz de una nueva solicitud. Asimismo, impide que las

partes presenten una nueva solicitud. A menos que ésta se base en nuevos aspectos constitucionalmente críticos que no fueron tenidos en cuenta por el *BVerfG* en el procedimiento anterior. Sin embargo, en lo que respecta a la *Bindungswirkung*, el artículo 31 párr. 1 del *BVerfGG* impide a los sujetos a ella presentar una nueva solicitud. Por último, la *Gestzskraft*, que suele tener efecto *inter omnes*, no existe si la cuestión no está bien fundada.

L. Los *Entscheidungswirkungen* en el *konkrete Normenkontrolle*

En los *konkrete Normenkontrolle* con respecto a *Rechtskraft*, *Bindungswirkung* y *Gesetzskraft* se aplica lo mismo que en los *abstrakte Normenkontrolle*. La única diferencia se refiere al derecho material subjetivo que es válido entre las partes del procedimiento (que sólo pueden ser aquéllas según el artículo 82 párr. 2). También aquí merece examinarse la cuestión relativa a los llamados *Parallelnormen*. Si bien es aplicable lo expuesto en la *abstrakte Normenkontrolle*, hay que distinguir si las normas similares o idénticas sobre las que un Tribunal plantea la cuestión fueron promulgadas por el mismo legislador o por legisladores diferentes. En cualquier caso, también hay que distinguir la forma en que el *BVerfG* se pronunció, es decir, si declaró o no constitucional la disposición impugnada. En este último caso, la sentencia es vinculante para todos los legisladores, de modo que están obligados a derogar las *Parallelnormen* vigentes en el momento de la decisión del *BVerfG*. Esta obligación se basa no tanto en la *Rechtskraft* de la sentencia como en su *Bindungswirkung* y/o *Gesetzskraft*. Además, en virtud del *Gestzskraft* de este tipo de decisiones, una ley de contenido idéntico o similar a la sancionada por el Tribunal es igualmente nula. En cambio, las *Parallelnormen* de otra legislatura se ven afectadas por la sentencia en virtud de su *Bindungswirkung* y no de la *Gesetzskraft*. En ambos casos, el mismo Tribunal puede declarar la nulidad de *Parallelnormen*. Si la cuestión de las *Parallelnormen* se remite directamente al Tribunal si han sido promulgadas por el mismo legislador, las tres *Entscheidungswirkungen* se aplican a las partes del procedimiento anterior. Sin embargo, en cuanto a la *Bindungswirkung*, hay que hacer una

aclaración, ya que en este contexto asume un papel secundario; de hecho, sólo adquiere relevancia si la norma ha sido sancionada no en el *Entscheidungsformel* (*Tenor*) sino en las *Gründen*. Por lo tanto, el *BVerfG* no está sujeto a la *Bindungswirkung* según el artículo 31 párr. 1 del *BVerfG*. Si, por el contrario, la cuestión se plantea en el *Parallelnormen* de otra legislatura, el objeto del procedimiento es muy distinto al del procedimiento anterior. El nuevo procedimiento no se ve afectado ni por el *Rechtskraft* ni por la *Gesetzeskraft* de la sentencia del procedimiento anterior que declaró la nulidad de la disposición; de ello se desprende que las *Parallelnormen* de otra legislatura pueden declararse conformes con fuentes de rango superior. Lo que se ha dicho hasta ahora con respecto a las normas paralelas también es aplicable a las *Wiederholungsnormen*. Sin embargo, hay que señalar que en el caso de *Wiederholungsnormen* de otra legislatura, los tribunales están vinculados, precisamente en virtud de la *Bindungswirkung*, a la sentencia anterior en la que el Tribunal había declarado la invalidez de la norma. Por último, está el llamado *Wiederholte Vorlage*, es decir, si es admisible o no, respecto a una sentencia de constitucionalidad de una norma, presentar una nueva petición sobre la misma norma. La admisibilidad depende de *Rechtskraft*, *Bindungswirkung* y *Gesetzeskraft*. La materia de *Rechtskraft* sólo adquiere relevancia subjetiva cuando las partes son las mismas. El aspecto objetivo y temporal es diferente. Si el *BVerfG* ha emitido una decisión sobre la conformidad de la norma, no sólo impide plantear la cuestión sobre la misma norma a través del mismo Tribunal, sino también a través de un Tribunal diferente y con diferentes partes. La *Bindungswirkung* y la *Gesetzeskraft* son efectivas ante todos los Tribunales, según el artículo 31 del *BVerfG*. La diferencia entre *Gesetzeskraft* y *Rechtskraft* es subjetiva, ya que la primera es totalmente independiente de las partes del proceso y tiene efecto *erga omnes*, incluido el *BVerfG*.

M. Las decisiones cautelares

Además de los tipos de decisiones definitivas analizados anteriormente, hay que distinguir entre las decisiones cautelares que adoptan la forma de medidas provisionales (artículo 32 *BVerfG*).

El artículo 32 de la *BVerfGG* establece que el Tribunal puede, para evitar consecuencias perjudiciales que posteriormente sean difíciles de eliminar, intervenir temporalmente en una situación al regularla mediante una medida cautelar. Por lo tanto, la medida debe garantizar la ejecución de la sentencia que dicte el Tribunal y asegurar que no tenga que afectar a una situación en la que corra el riesgo de carecer de sentido.⁹⁸ Antes de proceder a la adopción de una medida cautelar, el *BVerfG* sopesa muy cuidadosamente las consecuencias, y ello tanto en lo que se refiere a la falta de medida cautelar como a los perjuicios derivados de la inaplicación de la disciplina impugnada en caso de futura inconstitucionalidad.⁹⁹ La medida puede dictarse en todo tipo de procedimientos, de oficio o a petición de las partes. El *BVerfG* tiene plena discreción para evaluar la idoneidad de una medida de protección y no está obligado a motivar su decisión. Por lo tanto, contra la emisión o la denegación de emisión, el único recurso es la oposición —una posibilidad, sin embargo, excluida en el procedimiento *Verfassungsbeschwerde*— que obliga al Tribunal a conceder una audiencia oral en un plazo de catorce días. La oposición no implica, sin embargo, la suspensión de la medida (y es evidente que esto sólo se aplica en el caso de su emisión). La validez temporal de la medida suele ser de seis meses, sin perjuicio de la posibilidad de su prórroga por una mayoría de 2/3 de los votos de los magistrados de un senado. Su validez se reduce a un solo mes si la medida, en situaciones de urgencia, es adoptada por un senado sin *quórum* pero por al menos tres magistrados; si luego es confirmada por el pleno, también será válida durante seis meses. Parece casi superfluo señalar que, por supuesto, para que la medida se renueve, las condiciones deben seguir cumpliéndose.

Una última distinción que hay que hacer se refiere a la distinción entre las sentencias autoaplicativas y los títulos ejecutivos. En lo que respecta a la ejecución de las sentencias, y por lo tanto independientemente del

⁹⁸ *Rechtskraft* 3, 5 (55).

⁹⁹ En este sentido, el *BVerfG* ha desarrollado una gran cantidad de estudios de caso sobre una amplia gama de posibles áreas de intervención. Véase, ex multis, *Rechtskraft* 12, 276 (279); *Rechtskraft* 64, 67 (70); *Rechtskraft* 91, 70; *Rechtskraft* 37, 324; *Rechtskraft* 82, 54.

tipo elegido, según el artículo 35 del *BVerfG*, éste está plenamente facultado para dictar un título ejecutivo con el que decide de oficio las medidas necesarias precisamente para ejecutar la sentencia (también por parte de un tercer organismo), *Vollstreckungsanordnung*. Dichas órdenes no tienen por qué tener un contenido concreto, ya que pueden ser de carácter general y abstracto, así como meramente declarativas. En este caso, la orden contendrá todas las medidas necesarias para garantizar que el derecho identificado por el *BVerfG* pueda realizarse realmente.¹⁰⁰ Es bastante habitual que el Tribunal recurra al título ejecutivo cuando se trata de dictar una disciplina transitoria o autoaplicable mientras tanto, antes de que el legislador intervenga para subsanar los defectos declarados por el propio Tribunal.¹⁰¹ En la mayoría de los casos, el auto de ejecución ya está incorporado en la parte dispositiva de la sentencia; sin embargo, si se adopta posteriormente, no puede afectar a los actos legislativos posteriores a los de la sentencia sobre el fondo.¹⁰² Si consideramos los efectos de estas sentencias, están dotadas de materia de *Rechtskraft* y *Bundungswirkung* según el artículo 31 párr. 1 *BVerfGG*, mientras que nunca pueden estar dotadas de *Gesetzeskraft* según el artículo 31 párr. 2 *BVerfGG*. Si, por el contrario, la sentencia es autoejecutable, el *BVerfG* no emitirá una orden de ejecución, ya que en este caso no es necesario tomar ninguna medida para ejecutar la sentencia.

N. El *Sondervotum*

En cuanto a los tipos de sentencias y sus efectos, conviene llamar la atención sobre el *Sondervotum*,¹⁰³ la opinión discrepante de origen anglosajón, y situarlo en el contexto del tipo de efectos de las sentencias.¹⁰⁴

¹⁰⁰ *Rechtskraft* 6, 300 (303 y ss.).

¹⁰¹ Ver *Rechtskraft* 39, 1 (68): sentencia sobre el aborto; *Rechtskraft* 48, 130 (184): sentencia sobre la objeción de conciencia al servicio militar.

¹⁰² *Rechtskraft* 68, 132 (140).

¹⁰³ Entre otros, véase Luther, Jörg, "L'esperienza di voto dissenziente nel Bundesverfassungsgericht", en Anzon, Adele (coord.), *L'opinione dissenziente*, Milán, 1995, pp. 259-278.

¹⁰⁴ Para un análisis del *Sondervotum* en relación con la opinión disidente de Estados Unidos, v. Millgramm, Karl-Heinz, *Separate Opinion und Sondervotum in der Rechtsprechung des Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985.

La apertura del ordenamiento jurídico alemán al *Sondervotum* tuvo lugar con la modificación de 1970 de la *BVerfG* (artículo 30 párr. 2).¹⁰⁵ Sin embargo, la práctica de expresar una opinión disidente ya estaba en vigor, pero no oficialmente, a falta de una base legal, por lo que no aparecía en las actas oficiales del proceso, pero esto no impedía que el propio Tribunal la hiciera pública. La intervención legislativa formalizó así una práctica establecida. El *Sondervotum* se da a conocer y se publica en la misma forma que la decisión y, por lo tanto, aparece en la colección de sentencias del Tribunal, bajo el nombre del juez que lo redactó. Su contenido también puede anunciarse en la lectura pública de la sentencia. El *Sondervotum*, en cambio, no tiene ningún efecto, ya que carece de todo efecto jurídico. La falta de efectos jurídicos no impide, por supuesto, que el *Sondervotum* mejore la argumentación jurídica y la interpretación de la jurisprudencia. Es el epítome del pluralismo constitucional, tanto desde el punto de vista metodológico como interpretativo.

Ñ. Conclusión

Un texto constitucional más bien exiguo en cuanto a la regulación del Tribunal y una ley federal que ha sido modificada en varias ocasiones desde su entrada en vigor en 1951 han permitido al *BVerfG* aumentar su importancia en el orden constitucional y, sobre todo, ser capaz de adaptar su *modus operandi* a los nuevos retos que presenta el panorama político e institucional.

Haber desarrollado diferentes tipos de sentencias —que se mueven en el delicado terreno de la relación entre poderes— y haber trabajado ampliamente en la interpretación han permitido al Tribunal perfeccionar su jurisprudencia y poder elegir cómo y en qué medida generar repercusio-

¹⁰⁵ «Ein Richter kann seine in der Beratung vertretene abweichende Meinung zu der Entscheidung oder zu deren Begründung in einem Sondervotum niederlegen; das Sondervotum ist der Entscheidung anzuschließen. Die Senate können in ihren Entscheidungen das Stimmenverhältnis mitteilen. Das Nähere regelt die Geschäftsordnung». Análogamente, también existe el *Geschäftsordnung* que, en su artículo 56, regula la forma de presentación del *Sondervotum*.

nes en el sistema jurídico (pero también en el sistema político). De hecho, la rigidez de la sentencia de aceptación, sobre todo en lo que respecta a su impacto en el sistema jurídico, pronto se demostró inadecuada y excesivamente perjudicial para la seguridad jurídica, y dio lugar a la urgente necesidad de introducir mecanismos correctivos, identificados por el *BVerfG* en nuevos tipos de decisiones con efectos más "circunscribibles" y, por tanto, controlables. Y es gracias a estas nuevas sentencias —de la mera incompatibilidad a la interpretación conforme, pasando por la conformidad con la Constitución— que el Tribunal ha podido modular el impacto de su intervención en el sistema normativo y en la relación entre y con los demás poderes del Estado. La particular *Bindungswirkung* de la que gozan las sentencias contribuye ciertamente al papel incisivo del *BVerfG*, pero sin llegar a eliminar totalmente el margen de acción del legislador. La relación con el poder legislativo es en especial delicada precisamente porque, cada vez que el Tribunal de Primera Instancia interviene dictando una sentencia estimatoria, además de poner de manifiesto la ilegitimidad de una disposición, entra en la esfera de competencias del *Bundestag*, y le recuerda no sólo su papel de legislador, sino también su deber de ser un buen legislador. El efecto vinculante para el *Bundestag* del recurso del *BVerfG* se ha debatido durante mucho tiempo, aunque se considera conveniente que la libertad de acción del poder legislativo siga estando plenamente garantizada. Por la misma razón, la cuestión del efecto vinculante no sólo de la parte dispositiva sino también de los fundamentos de la sentencia es también extremadamente delicada.

En conclusión, fue precisamente la capacidad del *Bundesverfassungsgericht* de adaptar su jurisprudencia al entorno, mediante la ampliación del abanico de sentencias y la intervención en la vertiente interpretativa, así como la diferenciación del impacto de una declaración de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico, lo que le permitió cumplir de la manera más eficaz su papel de *Interpret und Hüter der Verfassung* y defensor de la identidad constitucional alemana y de sus valores fundacionales.

23. Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional austriaco

Anna Gamper*

(Traducción de Fátima Francisca Monreal Castorena
y Jorge Alvar Contreras Segura)

* Profesora titular en la Universidad de Innsbruck, Austria, y Juez Suplente en el Tribunal Constitucional de Liechtenstein. La autora extiende un gran agradecimiento a la Univ.-Ass. Mag. Sarah Bartl y al Univ.-Ass. Mag. Florian Klebelsberg por su ayuda editorial.

SUMARIO: A. Introducción. B. Efectos dependientes de la función de las sentencias del Tribunal Constitucional austriaco. C. Los efectos de las sentencias conforme al artículo 140 B-VG. D. Conclusiones. E. Bibliografía.

A. Introducción

El Tribunal Constitucional de Austria es el tribunal constitucional especializado más antiguo que todavía está activo.¹ A pesar de que ha inspirado el establecimiento de tribunales constitucionales en todo el mundo durante un siglo, ningún tribunal constitucional es idéntico al otro, ni al prototipo austriaco.² La gran variedad de diferentes diseños de los tri-

¹ El Tribunal Estatal de Liechtenstein, establecido en 1921, es un año más joven que el Tribunal Constitucional de Austria, pero también ejerció entre 1933 y 1945, cuando el Tribunal Constitucional de Austria fue eliminado temporalmente; véase Hoch, Hilmar, "Verfassungsgerichtsbarkeit im Kleinstaats — das Beispiel Liechtenstein", en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, vol. 76, núm. 4, diciembre de 2021, p. 1219 (1229).

² Véase, sobre la influencia mundial del Tribunal Constitucional de Austria, en Gamper, Anna, "Constitutional Borrowing from Austria? Einflüsse des B-VG auf ausländische Verfassungen", en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, vol. 75, núm. 1, marzo de 2020, pp. 99 (109 y ss.), y Gamper, Anna *et al.* (eds.), "A Centenary of Constitutional Review: The Austrian Legacy to Constitutional Courts in Europe", en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, vol. 76, núm. 2, junio de 2021; Gamper, Anna, "Symposium: 100 Years of the Austrian Federal Constitution and Constitutional Review: The Austrian Legacy to Constitutional Courts in Europe", en *IACL-AICD Blog*, Innsbruck, 1 octubre de 2020, [consultado en] «<https://blog-iacl-aicd.org/2020-posts/2020/10/1/guest-editorial-100-years-of-the-austrian-federal-constitution-and-constitutional-review-the-austrian-legacy-to-constitutional-courts-in-europe-g64wc>».

bunales constitucionales no sólo es visible en su organización o funciones, que ya han sido ampliamente examinadas desde una perspectiva comparada,³ sino también en los tipos y efectos⁴ jurídicos de sus sentencias.

Los tipos y efectos de las sentencias están muy estrechamente relacionados, ya que los diferentes efectos de las sentencias son un factor clave para la clasificación de las sentencias. Mi capítulo, por tanto, no se centra en ningún criterio según el cual las sentencias puedan clasificarse, sino en la cuestión específica de cuál es el resultado jurídico y el impacto de una sentencia. Este enfoque abarca una amplia gama de aspectos diferentes, tales como: distintas sanciones y otras posibles consecuencias derivadas de la naturaleza de la cuestión examinada por un tribunal constitucional de acuerdo con una función respectiva; diferentes respuestas procesales a los recursos; los efectos de las sentencias sobre la existencia de los actos jurídicos revisados, en cuanto a su aplicación y/o validez, total o parcial, *erga omnes* o *inter partes*; efectos temporales de sentencias como *ex tunc*, *ex nunc* o *pro futuro*; y también la clásica distinción kelseniana⁵ entre un legislador "positivo" y "negativo", en cuanto a si un tribunal constitu-

³ Véase, de manera más general, Delaney, Erin F y Dixon, Rosalind (eds.), *Comparative Judicial Review*, Cheltenham — Northampton, Edward Elgar Publishing, 2018; Stone Sweet, Alec, "Constitutional Courts", in Rosenfeld, Michel y Sajó, András (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 816 (816); da Silva, Virgilio Afonso, "Constitutional Courts/Supreme Courts, General", in Grote, Rainer et al. (eds.), *Max Planck Encyclopaedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018; Ferreres Comella, Victor, "The rise of specialized constitutional courts", in Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham — Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 265 (265); Gamper, Anna y Palermo, Francesco, "Austria: The Constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review", in Harding, Andrew y Leyland, Peter (eds.), *Constitutional Courts: A Comparative Study*, London, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2009, p. 31 (31); más específico, András, Jakab (ed.), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 y Brewer-Carías, Allan R. (ed.), *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011; Popelier, Patricia et al. (eds.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge — Antwerp — Portland, Intersentia, 2014.

⁴ Estos deben estar claramente separados de las estrategias utilizadas por los Tribunales Constitucionales para mejorar la eficacia de sus sentencias; véase Knight, Jack, "Efficacious judging on apex courts", in Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.), *Comparative Judicial Review*, Cheltenham — Northampton, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 272 (272 y ss.).

⁵ Kelsen, Hans, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 5, Berlin y Leipzig, Walter de Gruyter & Co, 1929, p. 30 (56); véase también más adelante.

cional puede simplemente "negar" un acto jurídico o alterarlo o agregarlo "positivamente".

Estas cuestiones pueden ser reguladas explícitamente por la Constitución, por la ley constitucional u ordinaria del tribunal constitucional o por sus normas procesales. A su vez, el enfoque respectivo puede derivarse de la jurisprudencia de ese órgano jurisdiccional que, al establecerla, suele estar influenciada por su hábitat jurídico circundante, como el de un país de derecho consuetudinario o de derecho civil.

El Tribunal Constitucional austriaco ofrece un caso muy interesante con respecto a los tipos y efectos de sus sentencias. A continuación, explicaré brevemente cómo las diversas funciones del tribunal se relacionan con las cuestiones mencionadas anteriormente. Centrándonos en la revisión judicial de las leyes, se analizará qué tipo de decisiones le corresponde al tribunal en virtud de esta facultad. Se examinará cuáles son los efectos de este tipo de sentencias, en particular en lo que respecta a la existencia jurídica de las leyes revisadas, los efectos temporales y las posibles opciones para que el Tribunal Constitucional actúe no sólo como un legislador "negativo" sino "positivo". Esto se ilustrará con algunos casos recientes en los que el órgano constitucional adoptó diferentes estrategias para tratar una ley que era o, dependiendo de la interpretación aplicada, al menos podría considerarse inconstitucional. Para concluir, intentaré evaluar la solidez global del Tribunal Constitucional austriaco de acuerdo con los efectos de sus sentencias.

B. Efectos dependientes de la función de las sentencias del Tribunal Constitucional austriaco

I. Funciones del Tribunal Constitucional de Austria

La Ley Constitucional Federal de Austria (*Bundes-Verfassungsgesetz*, hence: B-VG),⁶ que es el documento central de la fragmentada Constitución

⁶ BGBl. 1930/1 modificada por BGBl. I 2021/235.

Federal de Austria, confiere al Tribunal Constitucional numerosas funciones que incluyen los poderes "clásicos" de los tribunales constitucionales, como la revisión judicial de leyes y reglamentos, así como la protección de los derechos fundamentales.⁷ Además, el Tribunal tiene, en la terminología acuñada por Tom Ginsburg y Zachary Elkins,⁸ diversas facultades "auxiliares". Sin embargo, más que ser "accesorias" de las facultades antes mencionadas, éstas son funciones adicionales por propio derecho: que incluyen, *inter alia*, el control electoral,⁹ los procedimientos de destitución,¹⁰ ciertas decisiones relacionadas con las comisiones de investigación parlamentarias,¹¹ la resolución de conflictos de competencia¹² o la revisión judicial de tratados estatales¹³ o acuerdos intergubernamentales.¹⁴ En general, el Tribunal Constitucional austriaco tiene una gama más amplia de funciones que los tribunales constitucionales promedio,¹⁵ aunque le faltan algunas funciones importantes, como la posibilidad de examinar las sentencias de los tribunales ordinarios, función a la que tienen derecho al menos algunos tribunales constitucionales. Todas sus sentencias se dictan como decisiones uniformes del Tribunal Constitucional sin especificar el resultado de la votación y sin la posibilidad de una votación separada en la que un juez discrepante pueda expresar su opinión disidente o concurrente.¹⁶

⁷ Véase Stone Sweet, Alec, *op. cit.*, p. 823; Ferreres Comella, Victor, *op. cit.*, pp. 266 y ss.; Ginsburg Tom y Elkins, Zachary, "Ancillary Powers of Constitutional Courts", en *Texas Law Review*, Austin, vol. 87, núm. 7, junio de 2009, pp. 1431 (1434 y ss.).

⁸ Ginsburg, Tom y Elkins, Zachary, *op. cit.*, p. 1431.

⁹ Artículo 141 B-VG.

¹⁰ Artículo 142 B-VG.

¹¹ Artículo 138b B-VG.

¹² Artículo 138 B-VG.

¹³ Artículo 140a B-VG.

¹⁴ Artículo 138a B-VG.

¹⁵ Una visión general de tales funciones puede encontrarse en Ginsburg, Tom y Elkins, Zachary, *op. cit.*, pp. 1440 y ss.

¹⁶ A principios de la primavera de 2021, se presentó un proyecto de enmienda constitucional (95/ME 27. GP) que habría dado derecho a los jueces constitucionales austriacos a una votación por separado; dado que la mayoría de las respuestas informales, incluida la del propio Tribunal Constitucional de Austria, había sido crítica, el proyecto no ha avanzado más.

Entre otras facultades, el Tribunal ejerce la revisión judicial sobre las leyes¹⁷ y los reglamentos,¹⁸ lo que implica que éste puede anular dichas leyes o reglamentos por ser inconstitucionales; si estas leyes o reglamentos ya no se encuentran vigentes, el Tribunal aún puede declarar su inconstitucionalidad retroactivamente. El Tribunal también conoce de las quejas contra las decisiones de los tribunales administrativos siempre que violen los derechos "constitucionalmente garantizados" (fundamentales) u otros derechos subjetivos, *inter alia*, una ley inconstitucional o un reglamento ilegal.¹⁹ Estas dos facultades "principales", que son las más importantes en la práctica constitucional, pueden superponerse, por ejemplo, si la decisión de un tribunal administrativo viola un derecho fundamental precisamente porque se basa en una ley que en sí misma viola ese derecho.

A diferencia de otras constituciones,²⁰ la Constitución Federal de Austria no menciona explícitamente los métodos según los cuales debe interpretarse la Constitución, ni el órgano responsable de la interpretación constitucional "autorizada". Aun así, es una función inherente —y en ese sentido "accesoria"— del Tribunal Constitucional decidir en última instancia sobre la interpretación constitucional.²¹ Sin embargo, el Tribunal no tiene una facultad explícita para emitir *per se* opiniones sobre la interpretación de la Constitución, sino que decide sobre cuestiones interpretativas en el contexto concreto de una decisión siempre que surja la necesidad de interpretación constitucional. El Tribunal Constitucional tampoco tiene la facultad general de examinar los proyectos de leyes desde una perspectiva *ex ante*. Excepcionalmente, el Gobierno Federal o

¹⁷ Artículo 140 B-VG.

¹⁸ Artículo 139 B-VG.

¹⁹ Artículo 144 B-VG.

²⁰ Ginsburg, Tom y Elkins, Zachary, *op. cit.*, p. 1433; Gamper, Anna, *Regeln der Verfassungsinterpretation*, Viena — New York, Springer-Verlag, 2012, pp. 7 y ss.; Gamper, Anna, "Explicit' Interpretation in Comparative Constitutional Law", in Melica, Luigi *et al.* (eds.), *Studi in onore di Giuseppe De Vergottini*, vol. 1, Padua, Cedam, 2015, pp. 417 (417 y ss.).

²¹ VfSlg 19.730/2012. Véase Gamper, Anna, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltverbindung*, Viena, Verlag Österreich, 2016, pp. 172 y ss.

Local puede pedir al Tribunal que examine un proyecto de ley o reglamento federal o local sólo en relación con la cuestión de si estaría en consonancia con la asignación de competencias. Si bien tal sentencia *ex ante* no impide la creación de esa ley federal o local, el Tribunal asume que la interpretación aplicada a las competencias respectivas es una "interpretación *cuasi* auténtica" de la Constitución vinculante para el propio Tribunal en casos futuros, como si la propia Constitución Federal incluyera una definición jurídica correspondiente a la interpretación del Tribunal sobre esa competencia.²²

II. Puntos en común y diferencias generales

Las diferencias entre sentencias dependen naturalmente de la función respectiva ejercida por el Tribunal Constitucional, ya que cada función se ocupa de examinar cuestiones diferentes: *e.g.*, el Tribunal Constitucional enjuicia a un político acusado, la sentencia puede implicar una mera declaración de un comportamiento ilegal o la destitución del cargo y/o la pérdida temporal de los derechos políticos de esa persona. Claramente, éste es un tipo diferente de juicio que, *e.g.*, la invalidez de una ley o reglamento o de una decisión emitida por un tribunal administrativo. Una vez más, será un tipo diferente de sentencia si el Tribunal decide sobre irregularidades electorales por las cuales la elección tendría que repetirse; o si, a petición de varios miembros de una comisión parlamentaria de investigación, ordena positivamente al Gobierno Federal o a un miembro de la comisión que presente determinados documentos a dicha comisión.

En todos estos casos, sin embargo, es la ilegalidad —en última instancia, la inconstitucionalidad —de un acto o comportamiento jurídico determinado sobre el cual se pronuncia el tribunal. No obstante, los efectos de la estimación de inconstitucionalidad respectiva por parte del Tribunal pueden diferir en gran medida en cuanto a si se trata de una mera

²² Hasta el momento, la última de estas sentencias *ex ante* se dictó en 1999 (VfSlg 15.637/1999); véase Gamper, Anna, *Verfassungsgerichtsbarkeit...*, *op. cit.*, pp. 159 y ss.

declaración, una invalidez sin más consecuencias imperiosas, una invalidez con consecuencias más convincentes o una solicitud positiva, y en cuanto a si el efecto está directamente dirigido a un acto jurídico o a una persona.

Otro rasgo común de las sentencias del Tribunal es que no pueden sustituir normas en caso de lagunas jurídicas ni promulgar ellas mismas en sustitución de normas tras declarar su invalidez. De manera similar, el Tribunal Constitucional, a diferencia de los tribunales ordinarios, normalmente no está facultado para dictar órdenes positivas o interdictos que soliciten a un tribunal o autoridad todo tipo de comportamiento durante o después de un procedimiento seguido ante el Tribunal Constitucional. Aunque, hay excepciones importantes a esta regla: *e.g.* , la obligación de determinados órganos superiores de publicar la invalidez de una ley o reglamento en el Boletín Oficial federal o local; la obligación de pagar las costas derivadas del procedimiento ante el Tribunal Constitucional; el requisito de que un tribunal administrativo sustituya una decisión revocada de conformidad con el dictamen del Tribunal; la necesidad de repetir una elección después de su anulación; la presentación de determinados documentos a una comisión de investigación parlamentaria si así lo solicita el Tribunal; la obligación de ejercer o, a su vez, no ejercer una competencia de acuerdo con la resolución de un conflicto competencial por parte del Tribunal Constitucional, etc. En todos estos casos, la sentencia del Tribunal Constitucional exige positivamente que un tribunal o autoridad se vuelva "activo" para restablecer la constitucionalidad en un contexto determinado y, por tanto, va más allá de una "mera" anulación o declaración de nulidad de una ley o reglamento que no obliga formalmente al legislador u organismo regulador a promulgar uno nuevo. En todos estos casos, sin embargo, no es el propio Tribunal Constitucional el que lleva a cabo positivamente ciertas medidas, sino que el Tribunal sólo solicita a ciertos órganos que las adopten.

Algunas características procesales comunes son, además, inherentes a todo tipo de funciones y sentencias subsiguientes: cuando se interpone

un recurso ante el Tribunal Constitucional y no se retira ni se desestima porque la parte fue indemnizada,²³ el Tribunal suele estar facultado para desechar el recurso por razones formales²⁴ incluso sin examinar el fondo del asunto o, a falta de tales razones, examinará el fondo. En este último caso, el tribunal puede estimar o desestimar un recurso por razones de fondo. También es posible que el Tribunal deseche parcialmente y estime en parte el recurso, o en parte rechace y en parte confirme el recurso, o en parte confirme y en parte rechace el recurso —siempre dependiendo de si el recurso consiste en cuestiones separables—. El Tribunal Constitucional también puede revisar una ley o reglamento *ex officio*, si el Tribunal aplica esa ley o reglamento en otro procedimiento y le preocupa su constitucionalidad;²⁵ en tales casos, el Tribunal interrumpe su procedimiento inicial, examina la ley o el reglamento, se pronuncia sobre su constitucionalidad y continúa con el procedimiento anterior en el que se aplica o no la ley o el reglamento, según haya sido anulado o no previamente por el Tribunal.

En algunos casos, el Tribunal Constitucional tiene derecho a un procedimiento sumario que permite un rechazo especial de un caso: en consecuencia, un recurso interpuesto directamente contra una ley o un reglamento que el Tribunal considera *prima facie* como "sin perspectivas de éxito" puede ser rechazado sin más procedimiento y con una motivación sustancial muy breve proporcionada por el Tribunal.²⁶ Una posibilidad similar, utilizada con frecuencia por el Tribunal, es el rechazo *prima facie* de las quejas contra las resoluciones adoptadas por los tribunales administrativos si "no tienen perspectivas de éxito" o "si no se puede esperar la aclaración de una cuestión constitucional".²⁷ Si bien esta posibilidad alivia considerablemente al órgano jurisdiccional de conocer de recursos infructuosos, aún es cuestionable en algunos casos

²³ Sec. 19 3) 3) Ley del Tribunal Constitucional (véase más adelante fn. 29).

²⁴ Sec. 19 (3) (2) Ley del Tribunal Constitucional).

²⁵ Artículo 139 (1) (2) y artículo 140 1) 1) b) B-VG.

²⁶ Artículo 139 (1b) y artículo 140 (1b) B-VG.

²⁷ Artículo 144 (2) B-VG.

si no habrían merecido un procedimiento ordinario con una motivación más sustancial.

Los efectos de las sentencias se vuelven más complejos cuando el Tribunal Constitucional se ocupa de una ley. Se trata de la cuestión de si la ley, o parte de ella, puede ser anulada o declarada constitucional de otro modo y con qué consecuencias temporales; si la sentencia tiene efecto *erga omnes* o simplemente *inter partes*; y si el Tribunal Constitucional está autorizado a cualquier tipo de legislación "positiva" en este contexto. Cuestiones similares se plantean con respecto a los reglamentos que, al igual que las leyes, son normas jurídicas de carácter general, pero que, a diferencia de las leyes, son promulgadas por las autoridades administrativas. A continuación, se prestará especial atención a las leyes *stricto sensu* que sean revisadas por el Tribunal Constitucional en virtud del artículo 140 B-VG.

C. Los efectos de las sentencias conforme al artículo 140 B-VG

I. Observaciones generales

De conformidad con el artículo 140 B-VG, el Tribunal Constitucional examina si las "leyes" son constitucionales,²⁸ mientras que las disposiciones procesales más detalladas están reguladas por la Sec. 62 a 65a de la Ley del Tribunal Constitucional.²⁹

"Leyes" significa tanto las leyes federales como las locales y, aparte de las leyes ordinarias,³⁰ también incluye las leyes constitucionales federales

²⁸ Véase con más detalle sobre esa disposición, Schäffer, Heinz y Kneih, Benjamin, "Art. 140 B-VG", en Kneih, Benjamin y Lienbacher, Georg (eds.), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht*, vol. 8, Viena, Verlag Österreich, 18. Lfg., 2017; Rohregger, Michael, "Art. 140 B-VG", en Korinek, Karl et al. (eds.), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*, vol. 1/5, Viena, Verlag Österreich, 6. Lfg., 2003.

²⁹ *Verfassungsgerichtshofgesetz 1953*, BGBl. 1953/85 modificado por BGBl. 2020/24; véase, con más detalle, Eberhard, Harald et al. (eds.), *VfGG: Kommentar zum Verfassungsgerichtshofgesetz 1953*, Viena, Facultas, 2020.

³⁰ La Constitución Federal de Austria distingue justamente entre leyes constitucionales y ordinarias; no prevé leyes orgánicas o similares, aunque algunas leyes ordinarias requieren una mayoría especial para su promulgación.

y locales. La constitucionalidad de las leyes federales ordinarias se examina con arreglo al parámetro de la Constitución Federal, mientras que la constitucionalidad de una ley ordinaria local puede contrastarse tanto con la Constitución General como con la respectiva del Estado. Las constituciones de los Estados deben ajustarse a la Constitución Federal y a la Ley Constitucional Federal ordinaria con los principios rectores³¹ de la Constitución Federal; ambos tipos de cumplimiento pueden ser examinados por el Tribunal Constitucional.

Existen varias formas de acudir ante el Tribunal Constitucional de conformidad con el artículo 140 B-VG: cualquier tribunal austriaco (es decir, los tribunales ordinarios, incluida la Corte Suprema y los tribunales administrativos, incluido el Tribunal Supremo Administrativo) puede interponer un recurso, siempre que los tribunales respectivos deban aplicar una ley en sus propios procedimientos y se preocupen por su constitucionalidad.³² En ese caso, no se les permite examinar la constitucionalidad de la ley por sí mismos, sino que deben interrumpir su procedimiento y someter la ley al Tribunal Constitucional.³³ Además, las personas que aleguen que sus derechos constitucionalmente garantizados (fundamentales) son violados directa y actualmente por una ley sin tener una posibilidad aceptable de obtener primero una resolución administrativa o una decisión judicial (que sólo podría ser impugnada en última instancia ante el Tribunal Constitucional) también pueden recurrir ante el Tribunal Constitucional (el llamado "recurso individual").³⁴ Sin embargo, en la gran mayoría de estos casos, el Tribunal Constitucional se niega a conocer del caso, ya que casi siempre considera que habría sido posible y aceptable que el individuo obtuviera una sentencia o resolución sobre esa cuestión que podría ser impugnada, primero, por otros

³¹ El Tribunal Constitucional de Austria sólo derogó una vez una disposición constitucional federal debido a la violación de la democracia y el Estado de Derecho como dos principios constitucionales fundamentales (VfSlg 16.327/2001).

³² Artículo 140 (1) (1) (a) B-VG.

³³ Artículo 89 (2) B-VG.

³⁴ Artículo 140 (1) (1) (c) B-VG.

recursos; "inaceptable" son, *e.g.*, aquellos casos en los que el individuo, para obtener tal resolución administrativa o decisión judicial, tendría que actuar ilegalmente para ser castigado o tendría que soportar enormes dificultades económicas.³⁵ Desde 2015, las partes procesales ante los tribunales ordinarios de primera instancia, con algunas excepciones, también pueden dirigirse directamente al Tribunal Constitucional contra una ley inconstitucional si el tribunal ordinario la aplica en su propio procedimiento (el llamado "recurso de parte"), pero la parte sólo tiene derecho a ese recurso durante el tiempo en que la propia sentencia del tribunal ordinario puede ser impugnada (que no es resuelta por el Tribunal Constitucional, sino por un tribunal superior ordinario).³⁶

Las tres formas antes mencionadas de acudir ante el Tribunal Constitucional se clasifican generalmente como "revisión judicial concreta"; otra forma "concreta" es el citado procedimiento *ex officio* en el que el propio Tribunal Constitucional inicia el procedimiento previsto en el artículo 140 (1) (1) (b) B-VG para averiguar si una ley dudosa aplicada por el Tribunal en otro procedimiento es efectivamente inconstitucional.

Además de las formas de "revisión judicial concreta", también existen formas de "revisión judicial abstracta" (*principaliter review*) que pueden ser solicitadas de la siguiente manera: Un Gobierno Local o un tercio de los miembros del Consejo Nacional o un tercio de los miembros del Consejo Federal pueden impugnar una ley federal ante el Tribunal Constitucional.³⁷ El Gobierno Federal —dependiendo de la respectiva Constitución Local— o un tercio de los miembros de un parlamento local puede impugnar una ley local ante el Tribunal Constitucional.³⁸ Artículo 140 B-VG, sin embargo, no se prevé una *actio popularis* ni la opción de un *amicus curiae*.

³⁵ Schäffer, Heinz y Kneihls, Benjamin, *op. cit.*, marg. no. 57; Rohregger, Michael, *op. cit.*, marg. nos. 180 y ss.

³⁶ Artículo 140 (1) (1) (d) B-VG.

³⁷ Artículo 140 (1) (2) B-VG.

³⁸ Artículo 140 (1) (3) B-VG.

II. Los efectos procesales en los recursos

Procesalmente, todos los recursos concretos previstos en el artículo 140 B-VG pueden resolverse como se explicó anteriormente,³⁹ esto es, en principio, negándose a conocer del fondo del asunto o, si no se rechaza el asunto, estimar o desestimar el recurso por razones sustanciales. Las razones típicas de una denegación son la evidente falta de competencia del Tribunal Constitucional, la falta de legitimidad del recurrente, rebeldía, el incumplimiento de los requisitos formales, la *res iudicata*; más concretamente, dependiendo del tipo de recurso concreto, la probabilidad de que una persona obtenga una resolución administrativa o una decisión judicial favorable o el hecho de que la ley no sea "perjudicial" para el Tribunal Constitucional (lo que, según la jurisprudencia vigente,⁴⁰ significa que es "increíble" que el tribunal que solicita al Tribunal Constitucional una revisión realmente necesite aplicar la ley en su propio procedimiento) implique una denegación.

A menos que se rechace el recurso, el Tribunal Constitucional deberá examinar el fondo del asunto. Como se mencionó anteriormente, el Tribunal tiene derecho a un procedimiento sumario que se regula en el artículo 140 (1b) B-VG y se aplica sólo en el caso de los "recursos individuales" o "recursos de parte" antes mencionados. El Tribunal Constitucional puede rechazar *prima facie* dichos recursos si no tienen "suficientes perspectivas de éxito". En tales casos, el Tribunal Constitucional tiene derecho a decidir inmediatamente y limitarse a razonamientos extremadamente breves que, en ocasiones, no superan una o dos frases. La sentencia con la que el Tribunal Constitucional desestima o *prima facie* rechaza el caso constituye una decisión menor ("*Beschluss*"),

³⁹ Véase más arriba.

⁴⁰ Véase, más recientemente, VfGH 24 de febrero de 2020, G 249/2019-11, G 250/2019-10.

dictada a propuesta del juez ponente sin necesidad de más trámite ni audiencia, en lugar de una sentencia plena ("*Erkenntnis*").⁴¹

Si el Tribunal Constitucional no desestima ni rechaza *prima facie* el recurso, tendrá que pronunciarse sobre el fondo del asunto, de modo que esté obligado también a motivar adecuadamente de conformidad con el artículo 6 (1) del CEDH (derecho a un juicio justo), el Estado de Derecho como principio rector de la Constitución Federal austriaca y el principio de igualdad prohíbe las decisiones arbitrarias. En tal caso, el Tribunal Constitucional, después de estudiar el fondo del asunto, estimará o rechazará el recurso. Si el recurso se compone de partes separables, también será posible dividir la resolución en una estimación parcial y una desestimación parcial. Además, es posible que el Tribunal rechace parte de un recurso mientras decide sobre el fondo de otra parte del mismo, en la medida en que consta de diferentes componentes.

El rechazo o desestimación de un recurso implica que se respetará la ley. Sin embargo, esto no impedirá absolutamente que el Tribunal invalide la ley en el futuro: tampoco está excluido que el Tribunal, tras una desestimación, admita y estime otro recurso contra dicha ley, ni siquiera la desestimación de fondo de un recurso prohíbe al Tribunal examinar y anular la misma ley en una fecha posterior, en tanto se modifique la norma constitucional, que las circunstancias fácticas subyacentes al test de razonabilidad cambien significativamente o que se examinen diferentes cuestiones constitucionales.⁴²

Si el Tribunal estima el recurso, en consecuencia considerará que la ley es inconstitucional. Si el recurso consta de partes separables, el Tribunal puede responder de manera diferente con respecto a estas partes, según sea el caso. La sentencia también podrá incluir la resolución sobre una pretensión de reembolso de las costas procesales.

⁴¹ Sec. 19 (3) Ley del Tribunal Constitucional.

⁴² Rohregger, Michael, *op. cit.*, marg. no. 273; Schäffer, Heinz y Kneihls, Benjamin, *op. cit.*, marg. no. 87.

III. Invalidez total o parcial

El Tribunal Constitucional invalidará sólo una parte de la ley, si sólo esa parte es inconstitucional. El artículo 140 (3) B-VG obliga al Tribunal Constitucional a limitar la invalidez a las partes de una ley que fueron impugnadas explícitamente en el recurso (a menos que se impugnara la ley en su totalidad) o, en caso de un procedimiento *ex officio*, a limitarla a las partes que tendrían que aplicarse en el procedimiento principal del Tribunal. Sin embargo, incluso si se aplican estas condiciones, el Tribunal Constitucional puede invalidar toda la ley si su publicación fue inconstitucional o si fue publicada por el legislador equivocado (federal o local), a menos que esto vaya en contra de los intereses de quienes presentaron el recurso individual o de parte, también cuando se impugne la decisión de un tribunal administrativo en virtud del artículo 144 B-VG que facultó al Tribunal Constitucional a iniciar un el procedimiento *ex officio*.

Las mismas posibilidades se aplican si el Tribunal Constitucional declara retroactivamente inconstitucional una ley vencida, o parte de ella.⁴³

En la jurisprudencia vigente,⁴⁴ el Tribunal Constitucional ha desarrollado los siguientes criterios: En primer lugar, la invalidez debe restringirse a aquellas partes de una ley que son inconstitucionales, mientras que todas las partes acordes con la Constitución —si tales partes existen— deben ser confirmadas. En segundo lugar, la declaración de invalidez no debe implicar que la parte restante, debido a su nueva contextualización tras la invalidez, sea inconstitucional o contraria al Derecho de la UE. Tercero, el Tribunal Constitucional extenderá la invalidez a otras partes de la ley si es necesario para garantizar que la parte restante sea

⁴³ Artículo 140 (4) B-VG.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, VfSlg 7376/1974, 13.019/1992, 14.802/1997, 16.507/2002, 16.929/2003, 16.989/2003, 17.057/2003, 18.227/2007, 19.166/2010, 19.698/2012; VfGH 5 de octubre de 2021, G 188/2021-13; 14 de diciembre de 2021, G 232/2021-14.

gramatical y sintácticamente correcta; es decir, si una oración lingüísticamente incompleta permanece, las palabras restantes también pueden ser declaradas inválidas. En cuarto lugar, el Tribunal Constitucional, de ser posible, velará por que las partes constitucionales restantes de una ley no asuman un significado (totalmente) diferente al previsto originalmente; este último criterio es, sin embargo, flexible y a veces descuidado por el Tribunal.⁴⁵

La posibilidad de una invalidez parcial no sólo es aplicable a las secciones, subsecciones u oraciones de una ley, sino que incluso podría limitarse a la invalidez de los signos de puntuación si esto hiciera que la oración restante fuera compatible con la Constitución Federal.

IV. Invalidez y Declaración de Inconstitucionalidad

Si bien los tribunales constitucionales de todo el mundo comparten la facultad de examinar la constitucionalidad de las leyes (al menos) desde una perspectiva *ex post*, difieren mucho en cuanto a si, en caso de estimar la inconstitucionalidad, pueden invalidar una ley *ex tunc*, invalidarla *ex nunc*, inaplicar una ley que, no obstante, permanece formalmente en el ordenamiento jurídico o simplemente declarar la inconstitucionalidad de una ley que, a su vez, puede haber expirado o no. Los efectos jurídicos de tales sentencias varían según el tipo de decisión: mientras que una nulidad *ex tunc* tiene naturalmente efecto retroactivo, una nulidad *ex nunc* significa la anulación de una ley para los casos presentes y futuros. La inaplicación de una ley en un caso concreto mientras permanezca formalmente en el sistema jurídico no excluye que la ley pueda aplicarse en una fecha posterior, lo que depende de si existe o no una norma vinculante *de stare decisis*; y la mera declaración de inconstitucionalidad⁴⁶ de una ley aún vigente no obliga necesariamente al legislador a tomar ninguna medida.

⁴⁵ Véase a continuación.

⁴⁶ En ausencia de una Constitución escrita y un tribunal constitucional especializado, un ejemplo similar sería la "declaración de incompatibilidad" de los tribunales del Reino Unido en caso de infracción de un derecho contenido en la CEDH.

La clasificación de los tribunales constitucionales de acuerdo con las categorías de control fuerte y control débil de Mark Tushnet⁴⁷ depende en gran medida de la autoridad final de una sentencia. Sin embargo, la autoridad final de un tribunal constitucional no sólo depende de su poder para una emitir una interpretación constitucional vinculante. La cuestión crucial es si un tribunal constitucional tiene derecho a eliminar eficazmente una ley inconstitucional (o parte de ella) *erga omnes* o simplemente *inter partes*, o si la inconstitucionalidad se declara sin más consecuencias. En general, la fuerza de un tribunal constitucional está, en última instancia, vinculada a la fuerza de los efectos de sus sentencias.

Si el Tribunal Constitucional austriaco considera que una ley que sigue en vigor es inconstitucional, invalidará la ley. Básicamente, esto significa que la ley se anula *ex nunc*. De este modo, la ley se elimina formalmente del ordenamiento jurídico austriaco, en otras palabras, se suprime su existencia jurídica. El efecto es el mismo que si el propio legislador hubiera eliminado la ley. Como consecuencia de su eliminación, la ley ya no puede aplicarse. Si bien ésta es la regla básica, se aplican excepciones específicas bajo ciertas condiciones que se explicarán a continuación.⁴⁸

Cuando el Tribunal Constitucional se ocupa de una ley inconstitucional que, en el momento de la sentencia, ya ha expirado, la consecuencia no será una declaración de invalidez (que ya no es posible), sino una "declaración de inconstitucionalidad" retroactiva.⁴⁹ Según sea el caso, la expiración se debe a una cláusula de extinción inicialmente arraigada en la ley o porque el legislador posteriormente promulgó una cláusula de extinción, posiblemente porque se esperaba que el Tribunal Cons-

⁴⁷ Véase, por ejemplo, Tushnet, Mark, "Weak-Form Judicial Review and 'Core' Civil Liberties", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Massachusetts, vol. 41, núm. 1, Winter 2006, pp. 1 (1 y ss.); Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008; Tushnet, Mark, "The rise of weak-form judicial review", in Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham — Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011, pp. 321 (321 y ss.); Tushnet, Mark, "The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review", en *German Law Journal*, Frankfurt am Main, vol. 14, núm. 12, 2013, pp. 2249 (2249 y ss.).

⁴⁸ Véase a continuación.

⁴⁹ Artículo 140 (4) B-VG.

titucional invalidara la ley en poco tiempo. Sin embargo, excepto en el caso de la "revisión judicial abstracta", el Tribunal tiene derecho a declarar que la ley no vigente (o parte de ella) era inconstitucional; sus posibles efectos también se explicarán a continuación.⁵⁰

Tanto la invalidez como la declaración de inconstitucionalidad, respectivamente, deben publicarse en el Gaceta Jurídica: en el caso de las leyes federales, la publicación debe ser realizada por el Canciller Federal en la Gaceta de Leyes Federales, mientras que el Gobernador Local es responsable de la publicación de las respectivas sentencias relativas a las leyes locales en la Gaceta de Leyes Locales.⁵¹

Sólo en caso de invalidez, el artículo 140 (6) B-VG establece que el día en que la invalidez entre en vigor también entrarán en vigor aquellas leyes que habían sido reemplazadas previamente por la ley declarada inválida. Por supuesto, esto sólo se refiere a los casos en los que había existido una ley anterior que había sido reemplazada por una nueva ley que luego fue considerada inconstitucional e invalidada por el Tribunal Constitucional. No obstante, dicha ley anterior no volverá a entrar en vigor, si el Tribunal Constitucional la declara en su sentencia estimatoria. La publicación de la invalidez en la Gaceta de leyes respectiva debe indicar explícitamente si las leyes anteriores (o parte de ellas) vuelven a entrar en vigor y qué leyes anteriores (o parte de ellas).

V. Efectos Temporales

La distinción entre invalidez y declaración de inconstitucionalidad también conlleva diferencias en cuanto a los efectos temporales⁵² de ambos tipos de sentencia.

⁵⁰ Véase a continuación.

⁵¹ Artículo 140 (5) B-VG. En relación con la Gaceta de Leyes Federales y Locales.

⁵² Véase Stelzer, Manfred, "Pro Futuro and Retroactive Effects of Rescissory Judgments in Austria", en Popelier, Patricia *et al.* (eds.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge — Antwerp — Portland, Intersentia, 2014, pp. 63 (63 y ss.).

Conforme al artículo 140 (5) B-VG, la invalidez de una ley normalmente implica que ésta tendrá vigencia hasta el final del día en que la invalidez se publique en la gaceta de leyes federales o locales. Así, la ley no se anula inmediatamente con la sentencia, sino que la nulidad depende de la publicación de la invalidez en la gaceta de leyes respectiva; si el Canciller Federal o el Gobernador Local no cumplieran con su responsabilidad respectiva de publicar la invalidez, ellos mismos actuarían inconstitucionalmente y estarían sujetos a sanciones conforme al artículo 142 (2) (b) y (d) B-VG.

Básicamente, la invalidez tiene un efecto *ex nunc* que también se refiere al caso de origen, así como a los casos paralelos que, al comienzo de la audiencia oral o deliberación a puerta cerrada, se hubieren presentado ante el Tribunal Constitucional; también en caso de un recurso individual o de parte, la invalidez se referirá a ellos para que la ley ya no se aplique a sus casos. Aunque, este efecto puede ser retrasado por el Tribunal Constitucional, ya que puede establecer un plazo para que la invalidez de la ley entre en vigor.⁵³ A pesar de que la ley fue invalidada por la sentencia del Tribunal y su posterior publicación, en estos casos —a excepción de la persona o parte recurrente "exitosa"— la ley seguirá vigente hasta el plazo fijado por el Tribunal Constitucional en la misma sentencia que, sin embargo, no debe exceder de 18 meses.

La razón detrás de esta posibilidad se refiere al problema de que la invalidez repentina de una ley puede causar una laguna legislativa que podría ser altamente problemática. En tales casos, corresponde al Tribunal Constitucional determinar si será mejor dejar la ley en vigor durante unos meses más, incluso si se consideró inconstitucional o crear una laguna legislativa inmediatamente después de que se publique la invalidez. A su vez, corresponde al legislador reaccionar a una invalidez promulgando una nueva ley que esté en línea con la opinión del Tribunal Constitucional y colmar el vacío legislativo lo antes posible. Sin embargo, los

⁵³ Para más detalle, véase Gamper, Anna, *Verfassungsgerichtsbarkeit...*, op. cit., pp. 69 y ss.

procedimientos legislativos generalmente necesitan algo de tiempo para que procedan, unos meses al menos hasta que se pueda promulgar una nueva ley después de la invalidez. En asuntos urgentes o que requieran ser regulados en todo momento, el Tribunal Constitucional normalmente fijará un plazo para evitar una laguna y dar tiempo suficiente al legislador para promulgar una nueva ley.⁵⁴ En tal caso, el Tribunal podrá fijar el plazo que estime adecuado, siempre que no exceda de 18 meses.

El plazo, sin embargo, no obliga al legislador a promulgar una nueva ley. Según el concepto austriaco de separación de poderes, el Tribunal Constitucional no tiene derecho a obligar formalmente al legislador a promulgar una ley.⁵⁵ Con o sin plazo, el legislador puede optar por promulgar una ley o no, y en el momento que el legislador elija.⁵⁶ Aún así, el establecimiento de un plazo puede facilitar una situación que requiere una reflexión más prolongada o que se refiere a asuntos políticamente controvertidos para que el proceso legislativo no se inicie, y mucho menos se concluya de inmediato. Un ejemplo reciente ha sido la invalidez parcial de la Sec. 78 del Código Penal de Austria, que prohíbe la asistencia al suicidio.⁵⁷ Según el Tribunal, la prohibición había violado el "derecho a la libre determinación", incluido el "derecho a morir con dignidad"; sin embargo, el Tribunal admitió que una liberalización total del suicidio asistido podría entrañar riesgos para las personas vulnerables que podrían, *e.g.* ser inducidos a suicidarse por otros.⁵⁸ Por tanto, el Tribunal Constitucional instó al legislador en su razonamiento a promulgar una nueva disposición que, si bien permite el suicidio asistido, incluye salvaguardas suficientes para garantizar la protección de las personas vulnerables. En consecuencia, el Tribunal Constitucional fijó un plazo de aproximadamente un año para

⁵⁴ Rohregger, Michael, *op. cit.*, marg. no. 296; Gamper, Anna, *Verfassungsgerichtsbarkeit...*, *op. cit.*, pp. 75 y ss.

⁵⁵ Rohregger, Michael, *op. cit.*, marg. no. 294; Gamper, Anna, *Verfassungsgerichtsbarkeit...*, *op. cit.*, p. 74.

⁵⁶ Sin embargo, puede haber otras razones que obliguen a un legislador a actuar, como las obligaciones derivadas del Derecho de la UE, internacional o la necesidad de la Estados de implementar una ley en el marco federal.

⁵⁷ VfGH 11 de diciembre de 2020, G 139/2019-71.

⁵⁸ VfGH 11 de diciembre de 2020, G 139/2019-71.

que el legislador pudiera decidir sobre una nueva disposición mientras aquella invalidada que protegía a las personas vulnerables seguía en vigor. Dado que tanto el tema, como la sentencia del Tribunal Constitucional fueron muy controvertidos,⁵⁹ de hecho tomó un año hasta que se promulgó la ley de reemplazo — exactamente el día después del cual la invalidez entró en vigor—. ⁶⁰

De conformidad con el artículo 140 (7) B-VG, todos los tribunales y autoridades administrativas están obligados por la sentencia del Tribunal Constitucional a que se determine la nulidad de una ley o, en caso de una ley no vigente, se declare que era inconstitucional. En lo que respecta a la nulidad, la ley todavía tendrá que aplicarse a los casos cuyos hechos ocurrieron antes de su nulidad, excepto el caso de origen (y los casos paralelos). En consecuencia, las sentencias dictadas conforme al artículo 140 B-VG no tienen un efecto *ex tunc* general, pero el caso de origen (y los casos paralelos) son "recompensados" en la medida en que la ley inconstitucional no debe aplicarse a ese mismo caso, aunque haya ocurrido antes de la invalidez. No obstante, el párrafo 7 del artículo 140 del Reglamento B-VG faculta al Tribunal Constitucional para ordenar en su sentencia que la ley no deba aplicarse en los casos cuyos hechos ocurrieron antes de la sentencia (independientemente de que tales casos estén sujetos a un proceso concluido, en curso o incluso futuro). Si el Tribunal así lo pronuncia, el efecto de su sentencia tendrá incluso

⁵⁹ Véase, una discusión, Gamper, Anna, "Gibt es ein 'Recht auf menschenwürdiges Sterben'? Zum Erkenntnis des VfGH vom 11.12.2020, G 139/2019", *Juristische Blätter*, Viena, vol. 143, núm. 3, marzo de 2021, pp. 137 (137 y ss.); Pöschl, Magdalena, "Sterben mit Würde?", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, Kehl am Rhein — Straßburg — Arlington, vol. 48, núm. 1-6, marzo de 2021, pp. 12 (12 y ss.); Khakzadeh, Lamiss, "Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben. Verfassungsrechtliche Überlegungen zu VfGH 11.12.2020, G 139/2019", *Recht der Medizin*, Viena, núm. 2, abril de 2021, pp. 48 (48 y ss.); Fremuth, Michael Lysander, "Le temps qui reste — Eine rechtsvergleichende Betrachtung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zur Suizidassistentz in Deutschland und Österreich", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, vol. 76, núm. 3, septiembre de 2021, pp. 841-913; Braun, Kerstin, "The Right to Assisted Dying: Constitutional Jurisprudence and Its Impact in Canada, Germany and Austria", *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Berlin — Boston, vol. 15, núm. 3, julio de 2021, pp. 291-318.

⁶⁰ BGBl. I 2021/242.

un efecto *pro praeterito*,⁶¹ lo que significa que la ley ya no se aplicará a esos casos, aunque esto no es exactamente lo mismo que una nulidad *ex tunc*.

Si se establece un plazo conforme al artículo 140 (5) B-VG, la ley invalidada deberá aplicarse incluso a casos futuros en la medida en que ocurran hasta la fecha límite, es decir, cuando la declaración de invalidez entre en vigencia; nuevamente, el caso de origen y los casos paralelos son "premiados" en la medida en que a dicho caso no se le aplicará la ley inválida.

VI. Los límites del efecto *erga omnes*

La variedad de efectos temporales de las sentencias dictadas en virtud del artículo 140 B-VG también está vinculado con la diferencia entre un efecto *erga omnes* e *inter partes*. En términos generales, las derogaciones en virtud del artículo 140 B-VG tienen un efecto *erga omnes*. Esto significa que una ley derogada no sólo no se aplica en un caso concreto o *inter partes*, sino que la ley misma se elimina como si hubiera sido eliminada por el propio legislador. Lo mismo ocurre con las sentencias en las que el Tribunal Constitucional afirma que una ley vencida era inconstitucional. En este último caso, sin embargo, el propio legislador ya eliminó la ley para que sea justo que el Tribunal Constitucional declare *ex post* si esa primera ley había sido constitucional o no. Sin embargo, el Tribunal Constitucional puede declarar que la ley era inconstitucional, lo que tiene efecto en el caso inicial (y los casos paralelos), mientras que es controvertido⁶² si aún puede aplicarse a casos anteriores.

Sin embargo, como ya se ha mencionado en relación con los efectos temporales de las sentencias del Tribunal Constitucional, el efecto *erga*

⁶¹ Rohregger, Michael, *op. cit.*, marg. nos. 326 y ss.; Schäffer, Heinz and Kneihls, Benjamin, *op. cit.*, marg. nos. 75 y ss.

⁶² Rohregger, Miguel, *op. cit.*, marg. nos. 342.

omnes puede ser limitado. Literalmente, *erga omnes* implicaría que una vez que una ley sea declarada inconstitucional, será eliminada o al menos no será aplicable a todos los casos, independientemente de si ya ocurrieron en el pasado u ocurrirán en el futuro.

Siempre y cuando el Tribunal Constitucional no extienda su sentencia a casos anteriores cuyos hechos ocurrieron con anterioridad, se excluirá un efecto *pro praeterito*; simultáneamente, sin embargo, también el efecto *erga omnes* se limitará a los casos *ex nunc*, con excepción siempre del caso inicial (y de los casos paralelos). Si, a su vez, el Tribunal Constitucional decide fijar un plazo, incluso el efecto *ex nunc* se reducirá a un efecto *pro futuro*. Por tanto, *erga omnes* comprenderá el caso inicial (y los casos paralelos) y todos los casos futuros después de la fecha límite, si se estableció un plazo; si no se estableció un plazo, *erga omnes* se limitará al caso iniciador (y casos paralelos) y a todos los casos *ex nunc*. Sólo si el Tribunal Constitucional así lo pronuncia, *erga omnes* también incluirá otros casos que el caso inicial (y casos paralelos) cuyos hechos ya ocurrieron antes de la derogación.

En otras palabras, ningún tipo de sentencia en virtud del artículo 140 B-VG se limita a un efecto *inter partes*. Pero el efecto *erga omnes* generalmente atribuido a las sentencias del Tribunal Constitucional austriaca se limita básicamente al caso inicial (y casos paralelos) y a todos los casos futuros; si también se extenderá a casos previos o si se aplicará a casos futuros sólo después de que quede un plazo por determinar por el propio Tribunal Constitucional.

VII. Efectos legislativos "positivos"

a. Definición y diferenciación

La distinción entre legislador "positivo" y "negativo" fue hecha originalmente por Hans Kelsen, quien equiparó al legislador "positivo" con "parlamento, posiblemente combinado con el gobierno", mientras que

identificó al Tribunal Constitucional con este último.⁶³ Los términos "positivo" y "negativo" no tienen, por supuesto, ningún valor moral ni se refieren a la interpretación del derecho "positivo" como derecho "estatutario". Más bien, aluden a los poderes antitéticos —*prima facie* al menos— de ambas instituciones: el Tribunal Constitucional austriaco no tiene poder para iniciar una ley ni lo hace, aparte de la mencionada excepción del artículo 138 (2) B-VG⁶⁴ participar en el proceso legislativo en una etapa posterior, pero puede derogar una ley y, por tanto, revertir o "negar" el proceso de crearla. Si bien ésta es una distinción convincente en principio, sin embargo, necesita alguna especificación y diferenciación.⁶⁵

En primer lugar, el parlamento, incluso "combinado con el gobierno", no es el único órgano legislativo "positivo". Las propuestas legislativas pueden presentarse al Consejo Nacional en diversas formas, incluida una iniciativa popular exitosa. En algunos asuntos federales, también los *Länder* tienen derecho directo a participar en el proceso legislativo federal. En todos los casos, un proyecto de ley aprobado por el Parlamento deberá ser presentado al Presidente Federal por el Canciller Federal, firmado por el Presidente Federal, refrendado y publicado en la Gaceta de Leyes Federales por el Canciller Federal. Asimismo, otros órganos, además del parlamento o el gobierno, están directamente involucrados en el proceso legislativo y podrían identificarse, al menos funcionalmente, con "órganos legislativos parciales". El legislador "positivo", por tanto, no es sólo el parlamento (combinado con el gobierno o no), aunque el parla-

⁶³ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 56; véase también Brewer-Carías, Allan R., "Introduction: Hans Kelsen, Judicial Review, and the Negative Legislator", en Brewer-Carías, Allan R. (ed.), *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 5 (5 y ss.); Gamper, Anna, *Verfassungsgerichtsbarkeit...*, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

⁶⁴ Véase más arriba.

⁶⁵ Véase, de manera más general, Gamper, Anna *Verfassungsgerichtsbarkeit...*, *op. cit.*, pp. 15 y ss.; Gamper, Ana, "Constitutional Courts and Judicial Law-Making: Why Democratic Legitimacy Matters", Cambridge, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 4, núm. 2, junio de 2015, pp. 423 (424 y ss.).

mento es el cuerpo legislativo central. Más bien, el legislador "positivo" es un cuerpo conglomerado que consiste en diversos otros organismos e instituciones.⁶⁶

En segundo lugar, el legislador "positivo" —por ejemplo, el Parlamento y todos los demás órganos ya mencionados que participan en un procedimiento legislativo— no están impedidos en absoluto de ser también un legislador "negativo".⁶⁷ El legislador "positivo" "hace" leyes, pero también puede "deshacerlas", exactamente en el mismo proceso: técnicamente hablando, el "deshacer" de las leyes necesita de la promulgación de una ley "positiva" que ordene la entrada en vigor de la ley anterior. Aunque tal ley de "negación" puede no tener otro contenido que el de derogar una ley anterior, todavía se crea como una ley propia en un proceso legislativo. Formalmente, por tanto, tal ley es una ley "positiva", a pesar de que sustancialmente "niega" una ley anterior. Un factor distintivo importante *con respecto a* la "negación" de una ley por parte del Tribunal Constitucional es la posibilidad del legislador de "deshacer" una ley por cualquier razón, legal o política, mientras que el Tribunal Constitucional sólo puede "negar" una ley debido a su inconstitucionalidad.

En tercer lugar, a pesar de que el Tribunal Constitucional austriaco es ciertamente un legislador "negativo" cuando deroga una ley inconstitucional en virtud del artículo 140 B-VG, esto no excluye necesariamente que el Tribunal Constitucional también ejerza funciones legislativas "positivas". A continuación, analizaré hasta qué punto el Tribunal Constitucional puede asumir tal papel, aunque, de acuerdo con la dicotomía de Hans Kelsen, ciertamente no es un legislador "positivo" en un sentido general: no puede diseñar una nueva ley en lugar de la ley derogada en sus sentencias ni alterar positivamente una ley.⁶⁸

⁶⁶ Gamper, Anna, "Constitutional Courts...", *op. cit.*, p. 425 f.

⁶⁷ Gamper, Anna, *Verfassungsgerichtsbarkeit...*, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁸ *Ibidem*, marg. núm. 325.

b. Facultades legislativas "positivas" del Tribunal conforme al artículo 140 B-VG

Aún así, el Tribunal Constitucional puede asumir algunos aspectos de un legislador "positivo".⁶⁹ En este caso, se abandonará la facultad del Tribunal de dictar sus propias normas procesales,⁷⁰ aun cuando puedan ser vistas como un poder cuasi legislativo, dado que regulan una serie de cuestiones importantes que no están determinadas por la Constitución Federal ni por la Ley ordinaria del Tribunal Constitucional; aunque no son efectos de las sentencias del Tribunal.

En cuanto a las sentencias dictadas en virtud del artículo 140 B-VG, ya se han mencionado varias competencias accesorias en el marco de la derogación de una ley. Indirectamente, al menos, algunas de ellas también tienen un impacto en las funciones legislativas "positivas" del Tribunal.

Según el artículo 140 (6) B-VG, como se mencionó anteriormente, una ley anterior (o parte de ella) que había sido reemplazada por una ley derogada por el Tribunal Constitucional entrará en vigor el día en que también lo haga la derogación del Tribunal Constitucional, salvo disposición en contrario del Tribunal Constitucional.⁷¹ La derogación por el Tribunal Constitucional de la ley sustitutiva tendrá, tan pronto como sea válida, el efecto de volver a hacer cumplir positivamente la ley anterior el mismo día. Si bien este efecto se desprende de la sentencia *ex constitutione*, del Tribunal Constitucional, tiene sin embargo, poder para prevenir el efecto ordenando específicamente que la ley anterior (o parte de ella) no se vuelva a ejecutar. Por tanto, a menos que el Tribunal disponga otra cosa, la ley anterior volverá a entrar en vigor positivamente, mientras que no lo hará si así lo ordena el Tribunal. En ambos casos, el Tribunal

⁶⁹ Véase en Austria a Lachmayer, Konrad, "Constitutional Courts as Positive Legislators", en Brewer-Carías, Allan R. (ed.), *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 251 (251 y ss.); Gamper, Anna, *Verfassungsgerichtsbarkeit...*, *op. cit.*, pp. 42 y ss.

⁷⁰ BGBl. 1946/202 modificada por BGBl. II 2020/333; véase, con más detalle, Gamper, Anna, *Verfassungsgerichtsbarkeit...*, *op. cit.*, pp. 135 y ss.

⁷¹ Véase más arriba.

Constitucional, en su propia sentencia, determina la existencia jurídica no sólo de la ley derogada sino también de la ley anterior. Si la sentencia derogatoria lo dispone explícitamente, la ley anterior seguirá siendo "negada", como ya lo es. Sin embargo, si el Tribunal Constitucional pronuncia la derogación de la ley derogatoria sin tal orden adicional, la derogación, tan pronto como entre en vigor, "resucitará" la ley anterior.⁷² A pesar de este notable efecto, el Tribunal Constitucional será un legislador "positivo" limitado: sólo tiene derecho a determinar si la ley anterior —si tal ley había existido— o parte de ella volverá a entrar en vigor o no. La ley anterior, sin embargo, había sido diseñada por el legislador "positivo" y no por el Tribunal Constitucional. Si bien el Tribunal Constitucional puede decidir si la ley anterior —en su diseño anterior— o parte de ella volverá a entrar en vigor o no, no está facultada a alterar positivamente el contenido de esa ley ni podría impedir que el legislador "positivo" derogue la ley anterior después de tal refuerzo.

Otro aspecto que se relaciona con la legislación "positiva" por parte del Tribunal es la posibilidad antes mencionada de un plazo en virtud del artículo 140 (5) B-VG.⁷³ En ese caso, el Tribunal Constitucional podrá aplazar su propia derogación a un plazo que no debe exceder de 18 meses. Como se dijo anteriormente, este plazo no permite ni obliga al legislador a promulgar una nueva ley. Si el legislador tiene la intención de promulgar una nueva ley, puede hacerlo con o sin un plazo establecido por el Tribunal Constitucional. Si bien el Tribunal Constitucional, al fijar un plazo, no participa activamente en la creación de la nueva ley, aunque pueda facilitar indirectamente dicho proceso en lo que respecta al tiempo, mantendrá la aplicación de la ley derogada por un tiempo. Paradójicamente, por tanto, el Tribunal Constitucional actúa como un legislador "negativo" cuando deroga esa ley mientras que la confirma positivamente durante algún tiempo en ese plazo.

⁷² Véase Rohregger Miguel, *op. cit.*, marg. Nos. 302 y ss., y Schäffer, Heinz y Kneihls, Benjamín, *op. cit.*, marg. Nos. 80 y ss.

⁷³ Véase más arriba.

El Tribunal Constitucional no tiene poder formal de "amonestar" o "advertir" al legislador. En consecuencia, sus sentencias no pueden obligar directamente al legislador a ninguna acción legislativa, aunque dicha acción pueda ser urgente después de la derogación de una ley. Aún así, el Tribunal Constitucional no está constitucionalmente impedido de expresar preocupaciones en sus sentencias, de apelar informalmente al legislador con respecto a la promulgación de una nueva ley o de amonestar al legislador para que no cree más la misma inconstitucionalidad.⁷⁴ La más trascendental de tales advertencias estuvo incluso dirigida al legislador constitucional federal: a fines de la década de 1980, el Tribunal Constitucional sostuvo en varias sentencias que la continua promulgación de disposiciones constitucionales federales que reemplazaban disposiciones idénticas de leyes ordinarias que habían sido derogadas previamente por el Tribunal Constitucional por su inconstitucionalidad podría implicar una revisión total de la Constitución Federal.⁷⁵ El artículo 44 (3) B-VG distingue entre una revisión parcial y una revisión total esta última categoría, tanto en la jurisprudencia constitucional como en la doctrina, y tiene lugar cuando al menos uno de los principales principios constitucionales se modifica o elimina seriamente; además del quórum calificado y la mayoría necesarios para las enmiendas constitucionales ordinarias, se requiere un referéndum en ese caso. El Tribunal Constitucional argumentó que la continua promulgación de disposiciones constitucionales fragmentarias destinadas a limitar tanto los derechos fundamentales como la revisión judicial del Tribunal debido a su rango constitucional podría en algún momento dar lugar a una revisión total "gradual". Como todas estas disposiciones constitucionales se promulgaron después de procedimientos "ordinarios" de enmienda constitucional federal, el Tribunal podría en algún momento declarar que, en conjunto, interferían en gran medida con varios principios fundamentales de la Constitución

⁷⁴ Rohregger, Michael, *op. cit.*, marg. No. 255; Gamper, Anna, *Verfassungsgerichtsbarkeit...*, *op. cit.*, p. 118 fn. 443.

⁷⁵ VfSlg 11.756/1988, 11.757/1988, 11.758/1988, 11.829/1988, 11.916/1988, 11.918/1988, 11.927/1988, 11.972/1989; véase también VfSlg 15.887/2000.

Federal, pero que no se había celebrado ningún referéndum que permitiera al Tribunal derogar incluso una disposición constitucional federal debido a la irregularidad procesal. Si bien el Tribunal Constitucional nunca se ha dado cuenta de este tipo de derogación, su "advertencia" ha tenido algún efecto: el legislador constitucional federal, en general, se ha abstenido de volver a promulgar leyes ordinarias derogadas (o disposiciones individuales de las mismas) como leyes constitucionales idénticas; sin embargo, esto también se debe al hecho de que los gobiernos de coalición durante las últimas décadas rara vez obtuvieron una mayoría constitucional en el Consejo Nacional.

Un ejemplo particularmente interesante de cómo el Tribunal Constitucional puede asumir el papel de legislador "positivo" se relaciona con el alcance de la derogación de una sentencia en virtud del artículo 140 B-VG.⁷⁶ Como se ha mencionado anteriormente, el Tribunal Constitucional ha establecido una jurisprudencia constante según la cual sólo deben derogarse las disposiciones de una ley que sean inconstitucionales, mientras que las partes constitucionales de una ley deben mantenerse, en la medida en que esto sea lingüísticamente posible y en la medida en que las partes restantes, en su nuevo contexto, no asuman un significado contrario a la Constitución Federal o la ley de la UE. Además, la fórmula incluye otro elemento, a saber, que el Tribunal Constitucional también sopesa el alcance de las disposiciones derogadas con la posibilidad (no deseada) de un cambio de sentido de las disposiciones restantes. Así, el Tribunal Constitucional sostiene: "El Tribunal Constitucional tiene que definir el alcance de las disposiciones que deben ser examinadas y, posiblemente, derogadas de manera que, por un lado, no se eliminen más leyes de las requeridas para el caso, pero que, por otra parte, no se cambie el significado de las demás disposiciones; dado que ambos objetivos nunca pueden realizarse plenamente al mismo tiempo, [el Tribunal] tendrá que sopesar en cada caso individual si se dará prioridad a este o aquel

⁷⁶ Véase Gamper, Anna, *Verfassungsgerichtsbarkeit...*, op. cit. pp. 78 y ss.

objetivo sobre el otro y en qué medida".⁷⁷ Sin embargo, utilizando una redacción ligeramente diferente, el Tribunal Constitucional también sostiene que "los límites de una (posible) derogación deben trazarse de manera que la parte restante de la ley no reciba un significado totalmente diferente, mientras que se incluyen todas las disposiciones que están inseparablemente vinculadas a la disposición [inconstitucional]".⁷⁸ Por tanto, parece que en algunos casos el Tribunal Constitucional considera la posibilidad de un significado "cambiado" de la parte restante de una ley, mientras que en otros casos es sólo un significado de "totalmente cambiado" que el Tribunal debe incluir en su ponderación.

La fórmula permite el Tribunal Constitucional cierta flexibilidad en cuanto al alcance de la derogación: bajo ciertas circunstancias, su derogación puede comprender más partes de la ley que sólo el "mínimo" que es inconstitucional. Si algunas disposiciones están inseparablemente vinculadas a la disposición inconstitucional, también serán derogadas; y si se cambiara (total o parcialmente) el significado de la parte restante, el Tribunal puede decidir derogar aún más que el texto inconstitucional. Si el Tribunal Constitucional prioriza una "derogación mínima" y admite un cambio de sentido o si decide derogar algo más que la parte inconstitucional de la ley porque el significado de la parte restante podría conservarse, finalmente depende del Tribunal.

En la práctica, la jurisprudencia no es realmente coherente, ya que el Tribunal en algunos casos incluso admite un cambio total del sentido de la ley, mientras que, en otros casos, se deroga una parte mayor para conservar el sentido de la parte restante de la ley. La discrecionalidad del Tribunal está ciertamente ligada a criterios que están arraigados en el Estado de Derecho, por un lado, —derogación de todo lo que es inconstitucional— y separación de poderes —conservar en lo posible el sentido

⁷⁷ Véase, por ejemplo, VfSlg 7376/1974, 16.929/2003, 16.989/2003, 17.057/2003, 18.227/2007, 19.166/2010, 19.698/2012; Tribunal Constitucional 14 de diciembre de 2021, G 232/2021-14.

⁷⁸ Véase, más recientemente, VfSlg 13.965/1994, 16.542/2002, 16.911/2003; Tribunal Constitucional 6 de octubre de 2021, V 17/2021-10, 18/2021-10 de mayo.

de la parte restante de la ley en la medida de lo posible—, por otro. Sin embargo, corresponde al Tribunal derogar menos texto y aceptar un cierto cambio de sentido de la parte restante de una ley o derogar más texto y conservar el significado anterior. Por tanto, también puede, al menos en cierta medida, dar forma políticamente al resto de la ley, no agregando o alterando positivamente el texto, sino decidiendo cuál es la parte restante de la ley y en qué medida su sentido anterior o no.

Un ejemplo reciente es, e. g., la sentencia del Tribunal Constitucional de 2017 con la que el Tribunal derogó una disposición que había restringido el matrimonio a las parejas heterosexuales.⁷⁹ Algunos años antes de la derogación, el legislador austriaco había introducido la posibilidad de una unión registrada (sólo) para parejas del mismo sexo.⁸⁰ El Tribunal Constitucional ha confirmado en principio la distinción entre ambas instituciones, a pesar de que algunas diferencias jurídicas menores fueron consideradas inconstitucionales.⁸¹ Sin embargo, en su sentencia de 2017, el Tribunal Constitucional anuló su propia jurisprudencia anterior y derogó tanto las palabras "de diferente sexo" en la disposición impugnada sobre el matrimonio como "de igual sexo" en la disposición impugnada sobre uniones registradas.⁸² Como consecuencia, la posibilidad de una unión registrada se abrió repentinamente también para las parejas heterosexuales, a pesar de que sólo había sido introducida por el legislador con el fin de ofrecer a las parejas del mismo sexo un sustituto legal para el matrimonio. Si bien la intención del legislador nunca había sido ofrecer a las parejas heterosexuales o del mismo sexo las opciones alternativas de matrimonio o unión registrada, la derogación de dichas palabras no sólo permitió que las parejas del mismo sexo se casaran, sino que permitió a las parejas de ambos tipos elegir entre ambos modelos, lo que cambió significativamente la intención original de la Ley de Uniones

⁷⁹ VfSlg 20.225/2017.

⁸⁰ Ley de Uniones Registradas, BGBl. I 2009/135 modificada por BGBl. I 2021/86.

⁸¹ VfSlg 19.492/2011, 19.682/2012, 19.758/2013, 19.824/2013, 19.865/2014, 19.942/2014.

⁸² VfSlg 20.225/2017.

Registradas. En la sentencia respectiva, el Tribunal Constitucional se refirió a su citada fórmula de legitimación según la cual el alcance de la derogación exigía un equilibrio entre diferentes objetivos.⁸³ El Tribunal argumentó que la Ley de Uniones Registradas seguía siendo un marco legal para las parejas del mismo sexo que ya habían sido registradas en virtud de esa ley, lo que significaba que su contenido "no había cambiado totalmente".⁸⁴ Sin embargo, hace una diferencia significativa si la posibilidad de una unión registrada se concede a una pequeña minoría en lugar de negar la posibilidad de un matrimonio o si la opción de una unión registrada también se concede a la gran mayoría, mientras que el matrimonio, como opción adicional, también está abierta a ambos grupos. Además, el Tribunal Constitucional podría, por ejemplo, haber derogado la Ley de Uniones Registradas con un plazo que habría ofrecido al legislador tiempo suficiente para sustituir esa ley por disposiciones que protegieran a las que ya se habían registrado (que, además, también podrían optar por un matrimonio), pero negando la posibilidad de una unión registrada para ambos grupos en el futuro. Este ejemplo muestra cuán fuerte puede ser el efecto que la delimitación del alcance de la derogación puede tener en la ley "positiva" que sigue vigente. Aunque el Tribunal Constitucional no puede alterar o enmendar positivamente la ley, puede moldear su significado simplemente decidiendo qué partes de la ley permanecen vigentes.

Por último, las sentencias del Tribunal Constitucional pueden tener un efecto similar al de la legislación "positiva" en otro aspecto, a saber, la interpretación tanto de la Constitución Federal como de las leyes que se examinan. En ausencia de una regla escrita sobre la "interpretación autorizada", el Tribunal Constitucional asume ese papel en su jurisprudencia vigente: en consecuencia, el Tribunal sostuvo que "tenía una función rectora para la interpretación y aplicación uniformes del derecho

⁸³ VfSlg 7376/1974, 16.929/2003, 16.989/2003, 17.057/2003, 18.227/2007, 19.166/2010, 19.698/2012.

⁸⁴ VfSlg 20.225/2017.

constitucional" que prohibía todos los demás tribunales, incluida la Suprema Corte (el tribunal supremo responsable de las causas penales y civiles). Para examinar por sí mismos la constitucionalidad de las leyes cuya constitucionalidad se referían en lugar de someterlas al Tribunal Constitucional,⁸⁵ en todas sus sentencias, el Tribunal Constitucional debe interpretar la Constitución Federal o las leyes ordinarias examinadas, ya sea explícita o implícitamente. La interpretación es vinculante para el caso concreto, pero los tribunales y las autoridades administrativas, así como el legislador, generalmente considerarán la interpretación del Tribunal como vinculante "*de facto*" incluso en casos futuros, ya que es muy probable que el Tribunal los resuelva de manera similar. El Tribunal Constitucional no se considera obligado a su propia interpretación en todos los casos, salvo la mencionada interpretación "cuasi auténtica" en virtud del artículo 138 (2) B-VG,⁸⁶ aunque el Tribunal generalmente prefiere la uniformidad de su jurisprudencia.⁸⁷ Los cambios en la jurisprudencia del TEDH, las enmiendas constitucionales federales o los "desarrollos fácticos" que son importantes para los casos de igualdad pueden inducir a que el Tribunal adopte una nueva interpretación, aunque las razones detrás de tales cambios no siempre se hacen explícitas.⁸⁸

El Tribunal Constitucional no está obligado a aplicar métodos interpretativos específicos, ya que la Constitución Federal deja al Tribunal desarrollarlos.⁸⁹ Dependiendo del asunto constitucional respectivo, el Tribunal elige diferentes métodos: aplica, por ejemplo, una interpretación

⁸⁵ VfSlg 19.730/2012.

⁸⁶ Véase más arriba.

⁸⁷ Véase VfSlg 19.730/2012 y Sec. 44, apartado 1, de las normas procesales del Tribunal Constitucional (BGBl. 1946/202 modificada por BGBl. II 2020/333).

⁸⁸ Véase, como ejemplos recientes de las decisiones en las que el Tribunal Constitucional no motivó o apenas motivó un cambio, VfSlg 19.632/2012 (aplicabilidad de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE ante el Tribunal Constitucional), 20.225/2017 (matrimonio entre personas del mismo sexo), 20.258/2018 (existencia de un "tercer sexo"); VfSlg 11 de diciembre de 2021, G 139/2019-71 (asistencia al suicidio); razonamiento muy cuidadoso, a su vez, se aplicó en VfSlg 20.182/2017 (requisito para que los tribunales presenten incluso aquellas normas que no habían sido debidamente publicadas).

⁸⁹ Véase, con más detalle, Gamper, Anna, *Regeln...*, *op. cit.*, pp. 101 y ss.

gramatical estricta en el contexto del derecho electoral, mientras que una serie de métodos específicos, en su mayoría originalistas, para interpretar la asignación de poderes. Mientras que el Tribunal, en general, interpreta las normas jurídicas de acuerdo con la intención histórica del legislador y el contexto sistemático, su interpretación de los derechos humanos es diferente: aquí el Tribunal aplica un enfoque más dinámico que es consistente con la interpretación evolutiva de los derechos del Convenio por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos. Claramente, este último método está vinculado con más activismo judicial que otros métodos, lo que también significa que un tribunal puede, fuera de un procedimiento legislativo "positivo", desarrollar la ley de una manera similar a la legislación "positiva".

Un método interpretativo particularmente interesante aplicado por el Tribunal con respecto a las leyes ordinarias es la llamada "norma de conformidad constitucional"⁹⁰ según la cual el Tribunal Constitucional, en caso de duda, interpreta la ley de manera congruente con la Constitución Federal, de modo que se puede evitar una derogación. Si bien este método normalmente sólo debe utilizarse después de que se hayan agotado todos los métodos interpretativos en caso de duda, en ocasiones se ha criticado al Tribunal por aplicar prematuramente la norma de conformidad y por usarla incluso en contra de la redacción de una norma.⁹¹ En 2018, por ejemplo, el Tribunal Constitucional asumió el término "sexo" en la Ley del estado civil, a la luz del derecho a la vida privada en virtud del artículo 8. El CEDH (que forma parte de la Constitución

⁹⁰ Véase, con más detalle, *Ibidem*, pp. 217 y ss.; Gamper, Anna, *Verfassungsgerichtsbarkeit...*, *op. cit.* pp. 150 y ss.

⁹¹ Véase, en particular, Kneih, Benjamín, "Wider die verfassungskonforme Interpretation", *Viena, Zeitschrift für Verwaltung*, núm. 3, julio de 2009, pp. 354 (354 y ss.); véase, además, Handstanger, Meinrad, "Verfassungskonforme oder berichtigende Auslegung?", *Viena, Österreichische Juristen-Zeitung*, núm. 5, marzo de 1998, pp. 169 (169 y ss.); Jabloner, Clemens, "Stufung und 'Entstufung' des Rechts", *Viena, Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 60, núm. 2, 2005, p. 163 (174 f); Khakzadeh, Lamiss, "Die verfassungskonforme Interpretation in der Judikatur des VfGH", *Viena, Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 61, núm. 2, 2006, pp. 201 (201 y ss.); Gamper, Anna, *Regeln...*, *op. cit.* pp. 217 y ss.; Gamper, Anna, *Verfassungsgerichtsbarkeit...*, *op. cit.*, pp. 150 y ss.

Federal de Austria) debía entenderse de manera que incluía más que el sexo masculino y femenino, aunque la misma ley contenía una disposición que establecía que los términos masculinos debían entenderse incluidos también en términos femeninos, lo que excluía que el legislador hubiera pensado en otro tipo de sexo.⁹² El Tribunal Constitucional evitó así una derogación incluso prescindiendo de la terminología explícitamente dualista en la propia B-VG (que aún se mantiene). En general, el Tribunal Constitucional aplica con mucha frecuencia la "regla de conformidad constitucional" y, a menudo, revoca las sentencias de los tribunales administrativos porque no siguieron esta regla, sino que interpretaron una ley de manera diferente. Sin embargo, como el Tribunal Constitucional al mismo tiempo requiere que los tribunales presenten leyes sobre cuya constitucionalidad están preocupados, la aplicación de la norma de conformidad no sería apropiada en estos casos: más bien, los tribunales interesados deberían someter la ley al Tribunal Constitucional, si su propia interpretación dio un resultado ambiguo. Sin embargo, después de que el Tribunal Constitucional interpretó una ley de acuerdo con la norma de conformidad constitucional, el efecto de esta interpretación normalmente inducirá a las autoridades administrativas y los tribunales a adoptar la misma interpretación, al menos mientras el legislador no modifique positivamente la ley y su supuesto significado.

D. Conclusiones

El Tribunal Constitucional de Austria es un tribunal constitucional fuerte no sólo en lo que respecta a sus numerosas funciones, sino también con respecto a los efectos de sus sentencias. La naturaleza especial de cada una de las funciones del Tribunal determina en alguna medida estos efectos, ya que la emisión de la sentencia del Tribunal varía de una función a otra que, a su vez, conlleva sanciones diferentes u otras consecuencias. Sin embargo, desde el punto de vista procesal, el Tribunal suele seguir el mismo

⁹² VfSlg 20.258/2018.

patrón en la medida en que se niega a conocer el fondo de un asunto o rechaza o concede un recurso por razones sustanciales; en algunos casos, el Tribunal incluso tiene derecho a un procedimiento de rechazo acelerado.

Una mirada más atenta revela, sin embargo, que las sentencias del Tribunal Constitucional pueden tener otros efectos además del decidir un caso individual. El ejemplo más interesante aquí es el artículo 140 B-VG que regula el escrutinio de las leyes por parte del Tribunal Constitucional. Si una ley es inconstitucional, el Tribunal Constitucional la derogará, o partes de ella, si sólo éstas son inconstitucionales. Si la ley ya ha expirado, el Tribunal aún puede declarar que era inconstitucional. Una derogación no entrará en vigor con su publicación en el diario oficial y tendrá no sólo efectos en el caso inicial (y casos paralelos), a los que la ley ya no debe aplicarse, sino también un efecto *ex nunc* y *erga omnes*, a menos que el Tribunal decida posponer el efecto de la derogación por un período de hasta 18 meses. Sin embargo, el Tribunal Constitucional también puede extender el efecto a los casos cuyos hechos ocurrieron antes de su derogación. También corresponde al Tribunal excluir que las disposiciones legales anteriores que habían sido sustituidas por la ley posteriormente derogada no vuelvan a entrar en vigor.

A pesar de que estos efectos se centran en la derogación de una ley y, por tanto, en el papel del Tribunal como legislador "negativo", el ejemplo sigue mostrando que el Tribunal Constitucional, al derogar una ley, indirectamente tiene algunas características de un legislador "positivo". Esto también se hace visible cuando el Tribunal delimita el alcance de la derogación y en su interpretación dinámica de los derechos fundamentales.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no tiene derecho a solicitar formalmente al legislador que modifique o adopte una ley ni puede alterar activamente el texto de una ley o promulgar una ley en lugar del legislador que incumple. Aún así, puede advertir o amonestar informalmente

al legislador o sugerir un posible diseño constitucional de una nueva ley; en consecuencia, tales consejos informales aparecen de vez en cuando en la jurisprudencia del Tribunal. Si bien el Tribunal Constitucional tradicionalmente ha mostrado deferencia a la discrecionalidad del legislador con respecto a las cuestiones "políticas", el Tribunal ha mostrado menos moderación en los últimos años, particularmente en el contexto de la no discriminación y las cuestiones de la vida privada, y derogó ciertas disposiciones incluso sin tener en cuenta su propia jurisprudencia anterior.⁹³

Como regla general, las sentencias del Tribunal Constitucional han sido cumplidas tanto jurídica como políticamente. Sin embargo, hay raras excepciones: un ejemplo muy reciente fue un caso en el que un Ministro Federal no cumplió con la orden del Tribunal de presentar ciertos documentos a un comité de investigación parlamentario.⁹⁴ El Tribunal Constitucional tuvo que solicitar formalmente al Presidente Federal que ejecutara su orden, lo que llevó al Ministro Federal a cumplir la orden del Tribunal incluso antes de que el Presidente Federal⁹⁵ tuviera que ejecutar la sentencia. Recientemente, también, la deferencia mutua que es una característica de la relación entre el Tribunal Constitucional y otros órganos superiores han tomado una forma interesante en la crisis de COVID-19: al comienzo de la crisis, el Tribunal Constitucional había derogado regularmente las medidas COVID-19 porque los reglamentos respectivos carecían de una exposición de motivos que indujera al Tribunal a considerar las medidas injustificadas.⁹⁶ Después de un par de decisiones similares, el Ministerio Federal competente obedeció al Tribunal en la medida en que las regulaciones posteriores sobre tales medidas fueron acompañadas de una exposición de motivos. El Tribunal

⁹³ Véase más arriba fn. 8.

⁹⁴ VfGH 3 de marzo de 2021, UA 1/2021-13.

⁹⁵ VfGH 5 de mayo de 2021, UA 1/2021-39.

⁹⁶ Véase, con ejemplos, Gamper, Anna, "Austria", en Albert, Richard *et al.* (eds.), 2020 *Global Review of Constitutional Law*, Boston 1•CONnect y el Clough Center for the Study of Constitutional Democracy, 18 de octubre de 2021, págs. 28 (30 f).

Constitucional, a su vez, consideró regularmente estas medidas constitucionales sin mayor argumentación, siguiendo el memorando respectivo.⁹⁷ Será interesante, sin embargo, ver cómo reaccionará el Tribunal Constitucional a los recursos contra medidas más radicales, como un confinamiento de tres meses dirigido sólo contra personas no vacunadas⁹⁸ o la vacunación obligatoria,⁹⁹ decisiones que pueden esperarse en un futuro próximo y cuyos efectos en el futuro manejo político tanto de la pandemia como de otras crisis¹⁰⁰ que aleguen la necesidad de vulneración de derechos no pueden ser subestimados.

E. Bibliografía

András, Jakab (ed.), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

Braun, Kerstin, "The Right to Assisted Dying: Constitutional Jurisprudence and Its Impact in Canada, Germany and Austria", *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Berlín - Boston, vol. 15, núm. 3, julio de 2021.

Brewer-Carías, Allan R. (ed.), *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

Delaney, Erin F. y Dixon, Rosalind (eds.), *Comparative Judicial Review*, Cheltenham - Northampton, Edward Elgar Publishing, 2018.

⁹⁷ Véase, con ejemplos, Gamper, Anna, "Austria", en Albert, Richard *et al.* (eds.), *2021 Global Review of Constitutional Law*, I•CONnect y el Clough Center for the Study of Constitutional Democracy, 2022 (de próxima aparición).

⁹⁸ Como se establece repetidamente en el sexto Reglamento sobre medidas de protección contra la COVID-19 (BGBl. II 2021/537).

⁹⁹ Ley de Vacunación Obligatoria COVID-19, BGBl. I 2022/4.

¹⁰⁰ Como la crisis climática que indujo al Tribunal Constitucional Federal alemán (Orden del Primer Senado de 24 de marzo de 2021, I BvR 2656/18) a derogar una ley que, en opinión del Tribunal, tenía muy poca consideración de los derechos de las generaciones futuras mientras se acepta que medidas más radicales podrían interferir con los derechos de las generaciones actuales.

Eberhard, Harald *et al.* (eds.), VfGG: Kommentar zum Verfassungsgerichtshofgesetz 1953, Viena, Facultas, 2020.

Epstein, Lee y Knight, Jack, "Efficacious judging on apex courts", en Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.), *Comparative Judicial Review*, Cheltenham - Northampton, Edward Elgar Publishing, 2018.

Ferreres Comella, Victor, "The rise of specialized constitutional courts", en Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham - Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011.

Fremuth, Michael Lysander, "Le temps qui reste - Eine rechtsvergleichende Betrachtung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zur Suizidassistentz in Deutschland und Österreich", *Zeitschrift für öffentlichen Recht*, Viena, vol. 76, núm. 3, septiembre de 2021.

Gamper, Anna, *Regeln der Verfassungsinterpretation*, Viena - Nueva York, Springer-Verlag, 2012.

_____, "Constitutional Courts and Judicial Law-Making: Why Democratic Legitimacy Matters", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Cambridge, vol. 4, núm. 2 de junio de 2015.

_____, "'Explicit' Interpretation in Comparative Constitutional Law", en Melica, Luigi *et al.* (eds.), *Studi in onore di Giuseppe De Vergottini*, vol. 1, Padua, Cedam, 2015.

_____, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenverbindung*, Viena, Verlag Austria, 2016.

_____, "Constitutional Borrowing from Austria? Einflüsse des B-VG auf ausländische Verfassungen", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, vol. 75, núm. 1, marzo de 2020.

_____, "Symposium: 100 Years of the Austrian Federal Constitution and Constitutional Review: The Austrian Legacy to Constitutional Courts in Europe", *IACL-AICD Blog*, Innsbruck, 1 de octubre de 2020. Disponible en: «<https://blog-iacl-aicd.org/2020-posts/2020/10/1/guest-editorial-100-years-of-the-austrian-federal-constitution-and-constitutional-review-the-austrian-legacy-to-constitutional-courts-in-europe-g64wc>».

_____, "Gibt es ein 'Recht auf menschenwürdiges Sterben'? Zum Erkenntnis des VfGH desde el 11.12.2020, G 139/2019", *Juristische Blätter*, Viena, vol. 143, núm. 3, marzo de 2021.

_____, "Austria", en Albert, Richard *et al.* (eds.), 2020 *Global Review of Constitutional Law*, Boston, I•CONnect y clough Center for the Study of Constitutional Democracy, 18 de octubre de 2021.

_____, "Austria", en Albert, Richard *et al.* (eds.), 2021 *Global Review of Constitutional Law*, I•CONnect y clough Center for the Study of Constitutional Democracy, 2022 (de próxima aparición).

Gamper, Anna, Delledonne, Giacomo y Bußjäger, Peter (eds.), "A Centenary of Constitutional Review: The Austrian Legacy to Constitutional Courts in Europe", Viena, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 76, núm. 2, junio de 2021.

Gamper, Anna y Palermo, Francesco, "Austria: The Constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review", en Harding, Andrew y Leyland, Peter (eds.), *Constitutional Courts: A Comparative Study*, Londres, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2009.

Ginsburg, Tom y Elkins, Zachary, "Ancillary Powers of Constitutional Courts", *Texas Law Review*, Austin, vol. 87, núm. 7, junio de 2009.

Handstanger, Meinrad, "Verfassungskonforme oder berichtigende Auslegung?", Viena, *Österreichische Juristen-Zeitung*, núm. 5, marzo de 1998.

Hoch, Hilmar, "Verfassungsgerichtsbarkeit im Kleinstaat - das Beispiel Liechtenstein", *Zeitschrift für öffentlichen Recht*, Viena, vol. 76, núm. 4, diciembre de 2021.

Jabloner, Clemens, "Stufung und 'Entstufung' des Rechts", Viena, *Zeitschrift für öffentlichen Recht*, vol. 60, núm. 2, 2005.

Kelsen, Hans, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 5, Berlín y Leipzig, Walter de Gruyter & Co, 1929.

Khakzadeh, Lamiss, "Die verfassungskonforme Interpretation in der Judikatur des VfGH", *Zeitschrift für öffentlichen Recht*, Viena, , vol. 61, núm. 2, 2006.

_____, "Das Recht auf selbstbestimmt Sterben. Verfassungsrechtliche Überlegungen zu VfGH 11.12.2020, G 139/2019", *Recht der Medizin*, Viena, núm. 2, abril de 2021.

Kneihls, Benjamin, "Wider die verfassungskonforme Interpretation", *Zeitschrift für Verwaltung*, Viena, núm. 3, julio de 2009.

Lachmayer, Konrad, "Constitutional Courts as Positive Legislators", en Brewer-Carias, Allan R. (ed.), *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

Popelier, Patricia *et al.* (eds.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge - Amberes - Portland, Intersentia, 2014.

Pöschl, Magdalena, "Sterben mit Würde?", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, Kehl am Rhein - Estrasburgo - Arlington, vol. 48, núm. 1-6, marzo de 2021.

Rohregger, Michael, "Art 140 B-VG", en Korinek, Karl *et al.* (eds.), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*, vol. I/5, Viena, Verlag Österreich, 6. Lfg., 2003.

Schäffer, Heinz y Kneihls, Benjamin, "Art. 140 B-VG", en Kneihls, Benjamin y Lienbacher, Georg (eds.), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht*, vol. 8, Viena, Verlag Österreich, 18. Lfg., 2017.

da Silva, Virgílio Afonso, "Constitutional Courts/Supreme Courts, General", in Grote, Rainer *et al.* (eds.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

Stelzer, Manfred, "Pro Futuro and Retroactive Effects of Rescissory Judgments in Austria", en Popelier, Patricia *et al.* (eds.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge — Amberes — Portland, Intersentia, 2014.

Stone Sweet, Alec, "Constitutional Courts", en Rosenfeld, Michel y Sajó, András (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Tushnet, Mark, "Weak-Form Judicial Review and 'Core' Civil Liberties", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Massachusetts, vol. 41, núm. 1, Invierno de 2006.

_____, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

_____, "The rise of weak-form judicial review", en Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham - Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011.

_____, "The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review", Fráncfort del Meno, *German Law Journal*, vol. 14, núm. 12, 2013.

24. Las sentencias de la Corte Constitucional de Eslovenia

Arne Mavčič*

(Traducción de José Pablo Abreu Sacramento)**

* Doctor en Derecho por las Universidades de Liubliana, Eslovenia. Fue Oficial de Enlace Esloveno de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa. Sus principales líneas de investigación son en revisión constitucional comparada y derechos humanos.

** Agradezco los comentarios precisos de Alan Porter Padilla y Moisés Olivares Flores a la traducción realizada.

SUMARIO: A. El origen y contexto de la creación del control constitucional en Eslovenia. B. Generalidades de la Corte Constitucional de la República de Eslovenia. C. Competencias. D. Solicitantes ante la Corte Constitucional (legitimación activa, capacidad procesal). E. Selección de asuntos. F. Tipología de resoluciones. G. Efectos y consecuencias. H. La designación de un órgano competente para la ejecución de las resoluciones judiciales (medidas cautelares). I. La repetición de los procedimientos ante la Corte Constitucional. J. La publicación de las resoluciones de la Corte Constitucional. K. Características específicas del procedimiento. L. Referencias.

A. El origen y contexto de la creación del control constitucional en Eslovenia

Al inicio, como una entidad de la antigua Federación Yugoslava, Eslovenia ejercía un control de constitucionalidad y legalidad de las normas desde un órgano parlamentario específico, bajo el principio de auto revisión del sistema parlamentario.

Fue con la reforma constitucional general de 1963, de la entonces República Socialista de Eslovenia, que se introdujo el control constitucional judicial. Sin embargo, en esos tiempos, las competencias de la Corte Constitucional de Eslovenia (así como otras cortes constitucionales en Yugoslavia) no alcanzaban un control constitucional completo. La Corte no podía declarar directamente la inconstitucionalidad de una ley. Más bien, sólo podía realizar de manera indirecta una casación, por ejemplo, si la Legislatura no adecuaba la norma controvertida al parámetro constitucional en un plazo determinado, ésta se convertía en una norma inválida tras la declaratoria de la Corte Constitucional.

B. Generalidades de la Corte Constitucional de la República de Eslovenia

La posición de la actual Corte como un órgano autónomo e independiente que ejerce el control constitucional se fundamenta en la Constitución eslovena vigente de 1991.¹ Adicionalmente, la Ley Orgánica de la Corte Constitucional, en adelante LOCC, regula a detalle su estructura y competencias.² El Reglamento interno de la Corte Constitucional³ termina de pormenorizar la organización del trabajo y el modo de operar institucional, así como las reglas procedimentales de los asuntos de su competencia. Finalmente, la Corte emitió un reglamento para su organización interna y administración.⁴

Es relevante mencionar que el presupuesto de la Corte Constitucional lo determina la Asamblea Nacional, a partir de una propuesta que la propia Corte envía y, una vez entregado, la Corte tiene autonomía para decidir el destino de esos recursos.

De acuerdo con la Constitución eslovena, la Corte Constitucional no es formalmente parte del Poder Judicial. Ninguna de las disposiciones constitucionales relacionadas con la judicatura⁵ aplica directamente a la posición y estatus de la Corte Constitucional y sus integrantes (por ejemplo, disposiciones relacionadas con la duración del cargo, el proceso de elección o la competencia del Consejo de la Judicatura).

Eso sí, el artículo 127 (1) de la Constitución establece que la Suprema Corte es formalmente el más alto tribunal del Estado. Es más, el artículo 160 (1) (6) otorga a la Corte Constitucional la competencia de revisar

¹ Gaceta Oficial RSE, Núm. 10/63.

² Constitución de la República de Eslovenia, Gaceta Oficial RE, Núm. 33/91-I, 42/97 – UZ568, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99 en 75/16 – UZ70a.

³ Gaceta Oficial RE, Núm. 64/07 – texto consolidado oficialmente Núm. 109/12 y 23/20.

⁴ Gaceta Oficial RE, Núm. 86/07, 54/10, 56/11, 70/17 en 35/20.

⁵ Artículos 125 a 134 de la Constitución.

asuntos relacionados con quejas hacia los poderes estatales que envuelven actos de autoridad violatorios de derechos humanos y libertades fundamentales (mediante el recurso constitucional). El concepto de actos de autoridad violatorios incluye también las resoluciones de cortes ordinarias. Según el artículo 160 (3) de la Constitución sólo es posible interponer un recurso contra un acto de autoridad tras agotar todos los recursos legales previos. Esto, en la práctica, implica que el objeto de control de la Corte Constitucional pueden ser también las resoluciones de la Suprema Corte, como última instancia de la justicia ordinaria.

Si las disposiciones constitucionales pudieran dejar algún grado de incertidumbre acerca de la posición jerárquica de estos dos órganos jurisdiccionales, estas dudas se despejan a través de disposiciones legales. Aún y cuando las competencias de la Corte Constitucional se especifican en el texto fundamental, la propia Constitución delega aspectos importantes sobre su posición, operación y procesos de resolución a la legislación secundaria. Así, la posición de la Corte Constitucional está determinada de manera puntual en el artículo 1 (1) de la Ley Orgánica de la Corte Constitucional (LOCC) que la define como el más alto tribunal con competencia judicial para la protección de la constitucionalidad, legalidad, de los derechos humanos y libertades fundamentales. Esta posición, adquirida desde la adopción de la referida ley en 1994 y confirmada con su operación, está reconocida por la teoría legal, así como por las cortes ordinarias, incluida la Suprema Corte.

El modelo de control constitucional esloveno se alinea al estándar continental (europeo) de control concentrado pues, principalmente, su estructura y competencias siguen el sistema alemán de control constitucional, que es más moderno que su predecesor austriaco.⁶

Junto al sistema de control constitucional que prevalece, se ha introducido un control preventivo de constitucionalidad, pero solo para los

⁶ En relación con los modelos de control constitucional, véase MAVČIČ, Arne (ed.), *Constitutional review systems around the world*, Lake Mary, Vandeplass, 2018.

procesos de adopción de instrumentos internacionales. En este caso, la Corte Constitucional eslovena tiene una función consultiva, aunque sus opiniones son de observancia obligatoria para la Asamblea Nacional, misma que otorga a dichas opiniones la fuerza de sentencias.⁷

Una característica específica de la regulación eslovena es que existen dos formas de casación: la anulación (con un efecto retroactivo *ex tunc*-declarativo) y la abrogación (que tiene efectos a partir de la resolución *ex nunc*-constitutiva). Ambas formas de casación son posibles sólo con el control de constitucionalidad y de legalidad de las disposiciones,⁸ pues una ley sólo puede ser abrogada completa o parcialmente (*ex nunc*).⁹ La Ley Orgánica especifica además las medidas para la anulación (*ex tunc*) de disposiciones inconstitucionales e ilegales: ellas son abrogadas *ab initio* por la Corte Constitucional si ésta determina que deben eliminarse las consecuencias dañinas que generan su inconstitucionalidad e ilegalidad; en cuyo caso esta abrogación debe de ser retroactiva.¹⁰

En principio, bajo una aproximación tradicional, las cortes constitucionales no tienen una competencia positiva sobre la legislación. Ellas sólo pueden ser un legislador negativo, mientras que el carácter de legislador positivo está reservado al Parlamento. Las competencias negativas que tradicionalmente tienen las cortes constitucionales sobre la legislación están sujetas a límites particulares, en las que esta función de casación de la justicia constitucional está limitada por los poderes reservados para las ramas legislativa y ejecutiva (p. ej. el principio de autolimitación judicial y la doctrina de la cuestión política). No obstante, una particularidad del sistema esloveno es el uso ocasional de las llamadas resoluciones interpretativas (estimadas), así como el seguimiento de cumplimiento a resoluciones de la Corte Constitucional y las directrices relativas a sus contenidos.¹¹

⁷ Artículo 160 (2) de la Constitución y artículo 70 de la LOCC.

⁸ Artículo 45, LOCC.

⁹ Artículo 43, LOCC.

¹⁰ Artículo 45 (2), LOCC.

¹¹ Véase Resoluciones interpretativas (estimadas); véase Resoluciones supervisadas.

Como regla, los procesos ante la Corte Constitucional deben iniciar a partir de una petición "externa" (realizada por un sujeto legitimado para ello), lo que significa que en principio la Corte Constitucional no puede iniciar un procedimiento de control constitucional *ex officio*. Sin embargo, se han mantenido parcialmente algunos procedimientos *ex officio*. Aun así, tan pronto la Corte Constitucional recibe la petición, ésta es libre para preparar su opinión sobre la integridad del ámbito legal en cuestión, sus implicaciones y la dependencia recíproca de las respectivas medidas legales.

De acuerdo con el artículo 30 de su Ley Orgánica, al momento de resolver cuestiones de constitucionalidad y legalidad de leyes y reglamentos (control abstracto), la Corte Constitucional no está *in merito* obligada a circunscribirse a la petición recibida. La Corte puede también realizar un control sobre otras normas de la ley o regulación analizada o de otras leyes y regulaciones que no han sido puestas en entredicho, si estas normas adicionales están mutuamente relacionadas o si se considera absolutamente necesario para resolver el caso.

Por su parte, el artículo 59 (2) de la referida Ley Orgánica establece que, al momento de resolver una demanda constitucional, si la Corte determina anular un acto individual derivado de una ley o regulación inconstitucional, también podrá derogar dicha norma con efecto retroactivo o prospectivo.

Al decidir un caso relacionado con disputas judiciales, la Corte Constitucional puede emitir una resolución sobre qué órgano es competente y también puede derogar o anular la ley o la legislación cuya inconstitucionalidad o ilegalidad se haya establecido.¹²

Anteriormente, el individuo, como peticionario ante la Corte Constitucional de Eslovenia, tenía el papel predominante. El sistema de control

¹² Artículo 61(4), LOCC.

constitucional conforme a la Constitución de 1991 en vigor¹³ conservó la antigua solicitud ilimitada de control abstracto = reclamación popular (*actio popularis*), pero impuso una restricción a la legitimación procesal declarada por el peticionario.¹⁴ Al relacionar la petición de inicio del procedimiento con la legitimación procesal, la posibilidad de impugnar la constitucionalidad y la legalidad quedó más restringida, ya que se excluyó la petición popular como la concebía el sistema anterior. Sin embargo, según dicho sistema, la petición de inicio de procedimiento podía ser presentada por cualquier persona, independientemente de que la respectiva legislación coartara sus derechos y beneficios legales o constitucionales.

Por otra parte, el recurso de solicitud de control concreto = recurso de inconstitucionalidad, introducido ya bajo el modelo alemán, volvió a intensificar el papel del individuo ante la Corte Constitucional.¹⁵ Al introducir el recurso de inconstitucionalidad además de la demanda popular (*actio popularis*), Eslovenia se sitúa entre los sistemas que reconocen ambas formas coexistentes de acceso del individuo a la Corte Constitucional.

El recurso de inconstitucionalidad es un recurso especial subsidiario ante la Corte Constitucional. La Corte Constitucional está limitada en sus resoluciones a las cuestiones constitucionales y a las violaciones de los derechos constitucionales. Sin embargo, si se determina la existencia de una violación, la resolución puede tener un efecto casatorio como norma *inter partes* (y *erga omnes* si el objeto de la resolución es un acto legislativo). La Corte Constitucional conserva aquí la posición de máxima autoridad judicial. Estas cortes pueden denominarse cortes superiores de casación, porque las cortes constitucionales que revisan las sentencias de los tribunales ordinarios actúan de hecho como tercera

¹³ Bajo las Constituciones de 1963 y de 1974.

¹⁴ Artículo 162(3), Constitución; artículo 24, LOCC.

¹⁵ Artículos 160 a 162, Constitución; artículo 50, LOCC.

y cuarta instancia. Aunque la Corte Constitucional no es una corte de plena jurisdicción, en casos concretos es la única corte competente para juzgar si un tribunal ordinario ha violado los derechos constitucionales de un peticionario. Implica la revisión de la microconstitucionalidad y, en ocasiones, la revisión de la implementación de una ley, lo que, sin embargo, es una desviación de la función original de la Corte Constitucional. Los casos de recurso de inconstitucionalidad plantean cuestiones delicadas de definición de los límites constitucionales. En cualquier caso, la Corte Constitucional se limita estrictamente a cuestiones de derecho constitucional. El sistema esloveno es específico en el sentido de que la Corte Constitucional puede, en determinadas condiciones, dictar una sentencia definitiva sobre los propios derechos constitucionales o libertades fundamentales.¹⁶

Dado que el sistema esloveno es un sistema de control constitucional concentrado, los tribunales ordinarios no pueden ejercer el control constitucional de la ley mientras deciden procedimientos concretos. El tribunal ordinario debe interrumpir el procedimiento y proponer la revisión de la constitucionalidad de la ley ante la Corte Constitucional.¹⁷ El tribunal ordinario puede continuar el procedimiento sólo después de que la Corte Constitucional haya revisado la constitucionalidad de la ley respectiva (de ahí que también la legislación eslovena haya adoptado el principio de que una ley sólo puede ser eliminada del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional). Las únicas excepciones son las denominadas *exceptio illegalis*, relativas a la constitucionalidad/legalidad de las ordenanzas; entonces se otorga a los tribunales ordinarios la competencia para resolver una cuestión constitucional de este tipo con efecto para una causa judicial pendiente.

Las resoluciones de la Corte Constitucional son definitivas y vinculantes legalmente.¹⁸ Sólo si sus resoluciones son vinculantes y, como tales, tam-

¹⁶ Artículo 60 (1), LOCC.

¹⁷ Artículo 156, Constitución; artículo 23 (1)(5), LOCC.

¹⁸ Artículo 1 (3), LOCC.

bién realmente efectivas, la Corte Constitucional puede responder a los recursos de inconstitucionalidad y a las peticiones de control de la legalidad y garantizar a los individuos y a las personas jurídicas la protección efectiva de su posición en el derecho constitucional. La denegación del efecto vinculante de las resoluciones de la Corte Constitucional supone, por tanto, también la denegación de la protección jurídica a los demandantes y peticionarios afectados. El respeto a las resoluciones judiciales, incluidas las de la Corte Constitucional, es uno de los postulados fundamentales de un Estado de Derecho y el núcleo de la democracia constitucional.¹⁹ No existe ningún recurso legal contra una resolución de la Corte Constitucional.²⁰

C. Competencias

La LOCC de 1994²¹ significó un "redondeo" funcional del rol de esta institución para asegurar la correcta operación de algunas competencias que generalmente se establecen en la Constitución, pero que debían de ser reguladas a detalles por la ley, como la demanda constitucional, el juicio político, la inconstitucionalidad de leyes y actividades de partidos políticos, etc.

La Constitución eslovena de 1991 garantizó un rol más importante para la Corte Constitucional, en comparación con los textos fundamentales de

¹⁹ Dictaminado por la Corte Constitucional en la resolución n° U-1248/08, de 11 de noviembre de 2009, Gaceta Oficial RE, n° 95/09.

²⁰ El recurso de inconstitucionalidad no es un recurso legal por el cual sería posible impugnar una resolución de la Corte Constitucional, independientemente de que tenga el carácter de acto general o individual que sería posible impugnar mediante el recurso de inconstitucionalidad (véase la orden n° Up-271/98 del 28 de octubre de 1998, publicada en www.us-rs.si). Aunque la resolución dictada por la Corte Constitucional tuviera carácter de acto individual, como afirma el demandante, no se admite el recurso de inconstitucionalidad. El recurso de inconstitucionalidad es un recurso legal especial que se puede interponer contra actos individuales de otros órganos gubernamentales, órganos de las comunidades locales y titulares de la autoridad pública, siempre que dicho acto coarte los derechos humanos o las libertades fundamentales. El artículo 55 (3) de la Ley de la Corte Constitucional de 1994 (Gaceta Oficial RE, núm. 15/94) determinó que no se puede apelar contra una resolución de la sala adoptada en el procedimiento de investigación del recurso de inconstitucionalidad, es decir, contra una resolución de rechazo, de aceptación o de no aceptación del recurso de inconstitucionalidad (orden del 4 de marzo de 1999, Gaceta Oficial RE, núm. 17/99).

²¹ Gaceta Oficial RE, Núm. 15/94.

1963 y 1974, al ampliar las competencias clásicas de revisión concreta y abstracta de constitucionalidad y legalidad de normas con las siguientes nuevas atribuciones para resolver:

- Sobre la conformidad de una ley o reglamento respecto a instrumentos internacionales ratificados y a principios generales de Derecho internacional;²²
- Sobre demandas constitucionales contra actos individuales que violenten derechos humanos y libertades fundamentales;²³
- Sobre controversias judiciales entre de la Asamblea Nacional, el Presidente de la República y el Gobierno;²⁴
- Sobre un juicio político en contra del Presidente de la República, el Primer Ministro y otros ministros por la violación a la Constitución y a las leyes;²⁵
- Sobre la decisión de la Asamblea Nacional de confirmar la elección de una diputación²⁶ y
- Sobre la inconstitucionalidad de actos y actividades de partidos políticos.²⁷

Adicionalmente, se introdujo el control abstracto previo. Durante el proceso de ratificación de un instrumento internacional y a propuesta del Presidente de la República, el Gobierno o un tercio de quienes integran la Asamblea Nacional, la Corte Constitucional puede emitir una opinión sobre la conformidad de dicho instrumento con la Constitución.²⁸

La Constitución permite la extensión de facultades de la Corte a través de legislación secundaria al reconocerle competencia sobre otros asuntos que le sean conferidos por la propia Constitución y otras leyes.²⁹

²² Artículo 160 (1)(2) de la Constitución; Artículo 21 (1)(2) de la LOCC.

²³ Artículo 160 (1)(6), Constitución; artículos 50 al 60, LOCC.

²⁴ Artículo 160 (1)(9), Constitución; artículo 21(1)(9), LOCC.

²⁵ Artículos 109 y 119, Constitución; artículos 63 y 67, LOCC.

²⁶ Artículo 82 (3), Constitución; artículo 69, LOCC; artículo 8(1), Ley de las Diputaciones.

²⁷ Artículo 160 (1) (10), Constitución; artículo 68, LOCC.

²⁸ Artículo 160 (2), Constitución; artículos 21 (2) y 70, LOCC.

²⁹ Artículo 160 (1) (11), Constitución.

En consecuencia, la Constitución de 1991 no regula a detalle la posición y actividades de la Corte Constitucional y explícitamente deja numerosos e importantes aspectos sobre su estatus, trabajo y proceso de toma de decisiones para ser regulados en una ley especial (la LOCC de 1994, con sus reformas).

3.1 Clasificación legal de las competencias

Las competencias son determinadas por la Constitución o por las leyes.

3.1.1 Competencias determinadas por la Constitución³⁰

3.1.1.1 *Competencias relacionadas con la revisión de la constitucionalidad de normas*

De acuerdo con la Constitución, la Corte decide:

- Sobre la conformidad de leyes con la Constitución;
- Sobre la conformidad de leyes y otros reglamentos con instrumentos internacionales ratificados y principios generales de Derecho internacional;
- Sobre la conformidad de reglamentos con la Constitución y otras leyes;
- Sobre la conformidad de normativa local con la Constitución y otras leyes;
- Sobre la conformidad de normas de carácter general dictadas en ejercicio de competencias estatales, con la Constitución, leyes y reglamentos.

3.1.1.2 *Otras competencias*

- En demandas constitucionales derivadas de la violación de derechos humanos y libertades fundamentales, a partir de actos individuales;

³⁰ Artículo 160 de la Constitución. Véase también artículo 21, LOCC.

- En disputas judiciales entre el Estado y comunidades locales o solamente entre comunidades locales;
- En disputas judiciales entre cortes y autoridades gubernamentales;
- En disputas judiciales entre la Asamblea Nacional, el Presidente de la República y el Gobierno;
- Sobre la inconstitucionalidad de actos y actividades de los partidos políticos;
- En la apelación en contra de la decisión de la Asamblea Nacional de confirmar la elección para una diputación;
- Sobre el llamado a cuentas de la Presidencia de la República, la Presidencia de Gobierno y los Ministerios;
- Sobre la conformidad de un instrumento internacional con la Constitución durante el proceso de ratificación del instrumento.

3.1.2 (Otras) Competencias determinadas por ley³¹

De acuerdo con la legislación secundaria, la Corte Constitucional decide:

- Las apelaciones en contra de decisiones de la Asamblea Nacional relacionadas con la elección de representantes eslovenos en el Parlamento Europeo;
- Las apelaciones en contra de decisiones del Consejo Nacional al no confirmar la elección de un candidato al Consejo Nacional;
- Sobre la decisión de la Asamblea Nacional para no convocar a referéndum para confirmar una reforma constitucional;

³¹ La Ley sobre referéndum e Iniciativas ciudadanas, Gaceta Oficial RE, Núm. 26/07 – texto consolidado oficialmente, 6/18 – odl. US y 52/20; Ley del Consejo Nacional, Gaceta Oficial RE, Núm. 100/05 – texto consolidado oficialmente, 95/09 – odl. US, 21/13 – ZFDO-F y 81/18 – odl. US; la Ley de Autogobierno Local, Gaceta Oficial RE, Núm. 94/07 – texto consolidado oficialmente, 76/08, 79/09, 51/10, 40/12 – ZUJF, 14/15 – ZUUJFO, 11/18 – ZSPDLSL-1, 30/18, 61/20 – ZIUZEOP-A en 80/20 – ZIUOOPE; Ley para la elección de representantes eslovenos al Parlamento Europeo, Gaceta Oficial RE, Núm. 40/04 – uradno prečiščeno besedilo, 41/07 – ZVRK, 109/09, 9/14 en 59/17.

- Sobre la solicitud de la Asamblea Nacional para revisar la constitucionalidad de las consecuencias que se generarían al suspender la implementación de una ley o de no aprobar determinada ley;
- Sobre la petición de un concejo municipal de revisar la constitucionalidad y legalidad de una solicitud de convocatoria a referéndum;
- Sobre la constitucionalidad de una decisión de la Asamblea Nacional de disolver un concejo municipal o destituir a un alcalde.

3.2 Competencias clasificadas por contenidos

3.2.1 Revisión *a priori* de normas

En el proceso de ratificación de instrumentos internacionales, la Corte Constitucional emite opiniones sobre su conformidad con la Constitución.³² La Asamblea Nacional está vinculada a dicha opinión.

3.2.2 Revisión *a posteriori* de normas

La Corte Constitucional decide³³ sobre la conformidad:

- De leyes con la Constitución;
- De leyes y reglamentos con instrumentos Internacionales ratificados y con principios generales de Derecho internacional;
- De reglamentos con la Constitución y las leyes;
- De normatividad local con la Constitución y las leyes;
- Normas de carácter general emitidas en el ejercicio de competencias estatales con la Constitución, las leyes, los reglamentos, los instrumentos internacionales ratificados y los principios generales de Derecho internacional.

³² Artículo 160 (2), Constitución; artículo 21 (2) y artículo 70, LOCC.

³³ Artículo 160 (1), Constitución; artículos 22–49, LOCC.

En esta materia, la Corte Constitucional también decide sobre la constitucionalidad y legalidad de los procesos por los que estas normas fueron aprobadas.³⁴

3.2.3 Otras competencias

Conforme al artículo 160 (1) de la Constitución y al artículo 21(1) de la LOCC su jurisdicción se extiende a:

- La resolución de demandas constitucionales derivadas de violaciones a derechos humanos y libertades fundamentales a partir de actos individuales;³⁵
- La resolución de disputas judiciales entre la Asamblea Nacional, el Presidente de la República y el Gobierno, el Estado y las comunidades locales, entre comunidades locales y entre los tribunales y otras instancias de gobierno;³⁶
- La resolución sobre la inconstitucionalidad de los actos y actividades de los partidos políticos;³⁷
- La resolución de acusaciones en contra del Presidente de la República para un posible juicio político;³⁸
- La resolución de acusaciones en contra del Primer Ministro o en contra de cualquier ministro de Estado para un posible juicio político;³⁹
- La resolución de apelaciones contra las decisiones de la Asamblea Nacional sobre la confirmación de la elección de diputaciones;⁴⁰

³⁴ Artículo 21(3), LOCC.

³⁵ Artículo 160 (1), fracción sexta de la Constitución; artículos 50-60, LOCC.

³⁶ Artículo 160 (1), fracciones séptima, octava y novena de la Constitución; artículos 61 y 62, LOCC.

³⁷ Artículo 160 (1), fracción décima de la Constitución; artículo 68, LOCC; artículo 17 de la Ley de Partidos Políticos.

³⁸ Artículo 109 de la Constitución; artículos 63–67, LOCC; artículo 23 de la Ley sobre las condiciones para ocupar la Presidencia de la República.

³⁹ Artículo 119 de la Constitución, artículos 63–67, LOCC.

⁴⁰ Artículo 82 (3) de la Constitución; artículo 69, LOCC; artículo 8 (1) de la Ley de Diputaciones.

- La resolución de apelaciones contra las decisiones del Consejo Nacional sobre la confirmación del mandato de sus integrantes;⁴¹
- La resolución de apelaciones contra las decisiones de la Asamblea Nacional sobre la confirmación de representantes eslovenos para el Parlamento Europeo;⁴²
- Revisar la constitucionalidad y legalidad de la decisión de la Asamblea Nacional para establecer un municipio o cambiar sus límites territoriales;⁴³
- Peticiones de los municipios o las regiones para revisar la constitucionalidad y legalidad de actos legales que violan la posición constitucional y derechos de las comunidades locales;⁴⁴
- Revisar la decisión de la Asamblea Nacional de no convocar a un referéndum para confirmar reformas constitucionales;⁴⁵
- Decidir sobre la solicitud de la Asamblea Nacional para revisar la constitucionalidad de las consecuencias que se generarían al suspender la implementación de una ley o de no aprobar determinada ley;⁴⁶
- Resolver la petición de un concejo municipal de revisar la constitucionalidad y legalidad de una solicitud de convocatoria a referéndum;⁴⁷
- La revisión de la constitucionalidad de una decisión de la Asamblea Nacional de disolver un concejo municipal o destituir a un alcalde.⁴⁸

D. Solicitantes ante la Corte Constitucional (legitimación activa, capacidad procesal)

Las siguientes solicitantes pueden iniciar un proceso de control constitucional en ciertos casos:

⁴¹ Artículo 50 (3) de la Ley del Consejo Nacional.

⁴² Artículo 23 (1) de la Ley para la elección de representantes eslovenos al Parlamento Europeo.

⁴³ Artículo 14 (a) de la Ley de Autogobierno Local.

⁴⁴ Artículo 91 de la Ley del Autogobierno Local; artículo 23 (1) (9), LOCC.

⁴⁵ Artículo 5c, de la Ley sobre Referéndum e Iniciativas ciudadanas.

⁴⁶ Artículo 21 de la Ley sobre referéndum e Iniciativas ciudadanas.

⁴⁷ Artículo 47a (2) de la Ley de Autogobierno Local.

⁴⁸ Artículo 90c (4) de la Ley de Autogobierno Local.

- Control abstracto: cualquier persona;⁴⁹
- Control abstracto (órganos estatales): la Asamblea Nacional, un tercio de quienes integran la Asamblea Nacional, el Gobierno;⁵⁰
- Control concreto, considerando el procedimiento específico, (órganos estatales y personas jurídicas de carácter público): los Tribunales,⁵¹ el Ombudsman si considera que una norma interfiere de manera injustificada con los derechos humanos y la libertades individuales; el Comisionado de información, siempre que reciba un planteamiento sobre la constitucionalidad o legalidad de un proceso que esté desahogando; el Banco de Eslovenia o el Tribunal de Cuentas, siempre que reciba un planteamiento sobre la constitucionalidad o legalidad de un proceso que estén desahogando; la Fiscalía General del Estado, siempre que reciba un planteamiento sobre la constitucionalidad de un caso que conduzca su oficina; cuerpos representativos de comunidades locales, siempre que afecte su status constitucional o sus derechos constitucionales; asociaciones que representen comunidades locales, siempre que se amenace el ejercicio de derechos de las comunidades locales; representantes de sindicatos nacionales de profesiones o actividades específicas, cuando se amenace el disfrute de los derechos de las trabajadoras y los trabajadores;⁵²
- Revisión preventiva de instrumentos internacionales (órganos estatales): la Presidencia de la República, el Gobierno o una tercera parte de la Asamblea Nacional;⁵³
- Demanda constitucional: cualquier persona (así como una persona jurídica de carácter privado), el Ombudsman;⁵⁴
- Disputas sobre competencias: las autoridades agraviadas—órganos estatales,⁵⁵ cualquier persona,⁵⁶

⁴⁹ Artículo 162 (2) de la Constitución; artículo 24, LOCC.

⁵⁰ Artículo 162 (2) de la Constitución; artículo 24, LOCC.

⁵¹ Artículo 23, LOCC.

⁵² Artículo 23.a (1), LOCC.

⁵³ Artículo 160 (2) de la Constitución; artículo 70, LOCC.

⁵⁴ Artículos 160, 161, 162 de la Constitución; Artículo 50, LOCC.

⁵⁵ Artículo 61 (1)(2), LOCC.

⁵⁶ Artículo 61 (3), LOCC.

- Juicio político: la Asamblea Nacional;⁵⁷
- Inconstitucionalidad de actos y actividades de los partidos políticos: cualquier persona mediante una denuncia de carácter popular (*actio popularis*) o sujetos legitimados por una solicitud de revisión abstracta bajo el artículo 23.a de la LOCC;⁵⁸
- Confirmación de la elección de diputaciones: candidaturas afectados o representantes de las listas de candidaturas;⁵⁹
- Confirmación de la designación de integrantes al Consejo Nacional: candidaturas afectadas;⁶⁰
- Demanda contra una autoridad de gobiernos locales relacionadas con el estatus constitucional y los derechos de las comunidades locales: el concejo municipal;⁶¹
- Condiciones para el establecimiento de un municipio o modificación a sus límites territoriales: el Gobierno, cualquier diputado, 5 mil votantes, el concejo municipal;⁶²
- Disolución de un concejo municipal o destitución de un alcalde: concejo municipal, alcalde;⁶³
- Constitucionalidad y legalidad de la solicitud para convocar a un referéndum: concejo municipal;⁶⁴
- Constitucionalidad de las consecuencias que se generarían al suspender la implementación de una ley o de no aprobar determinada ley: Asamblea Nacional;⁶⁵
- Decisión de no convocar a un referéndum para validar una reforma constitucional: al menos treinta diputados;⁶⁶
- Confirmación de representantes para el Parlamento Europeo: candidaturas afectadas.⁶⁷

⁵⁷ Artículos 109 y 119 de la Constitución, artículo 63 (1), LOCC.

⁵⁸ Artículo 68 (1) de dicha legislación.

⁵⁹ Artículo 69 (1), LOCC; artículo 8 (1) de la Ley de Diputaciones, Gaceta Oficial RE, Núm. 48/92.

⁶⁰ Artículo 50 (3), Ley del Consejo Nacional, Gaceta Oficial RE, No. 44/92.

⁶¹ Artículo 91, Ley de Autogobierno Local, Nos. 72/93 con enmiendas.

⁶² Artículo 14.a (3), Ley de Autogobierno Local.

⁶³ Artículo 90.c (4), Ley de Autogobierno Local.

⁶⁴ Artículo 47.a (2), Ley de Autogobierno Local.

⁶⁵ Artículo 21, Ley sobre Referéndum e Iniciativas ciudadanas.

⁶⁶ Artículo 5.č, Ley sobre Referéndum e Iniciativas ciudadanas.

⁶⁷ Artículo 23 (1), Ley para la elección de representantes eslovenos al Parlamento Europeo.

Cualquier persona (física o jurídica de carácter privado) que demuestre su interés legal puede presentar una solicitud individual ante la Corte Constitucional.⁶⁸ Adicionalmente, los órganos estatales señalados en el artículo 23.a de la referida Ley Orgánica pueden solicitar un control constitucional abstracto (la Asamblea Nacional, un tercio de las diputaciones, el Consejo Nacional o el Gobierno) o concreto (órganos estatales y personas jurídicas de carácter público: el Ombudsman, el Comisionado de información, el Banco de Eslovenia, el Tribunal de Cuentas, la Fiscalía General del Estado, un cuerpo representativo de una comunidad local, una asociación representativa de una comunidad local, un sindicato nacional, relacionados con el caso concreto en el que se involucran). Estos órganos no necesitan demostrar su interés legal para iniciar el proceso de control constitucional.

Con relación a la legitimación frente a la Corte Constitucional, ésta ha dictado diversas sentencias que dejan ver un método general restrictivo de aproximación y tratamiento a esta cuestión procesal. Sin embargo, una revisión general de la jurisprudencia evidencia que la Corte Constitucional no ha sido consistente con su interpretación inicial sobre legitimación. Algunos de estos cambios pueden definirse como inconsistencias en la jurisprudencia constitucional, pero otros pueden ser resultado de circunstancias especiales que justifican un tratamiento distinto en casos aparentemente similares.

De la definición de legitimación (individual) que deriva del artículo 24 (2) de la LOCC y su materialización en la práctica, pueden destacarse los siguientes elementos: el interés debe ser legal (la afectación debe ser sobre derechos de la persona y/o su estatus legal), sólo en dicho caso puede reconocerse la legitimidad para activar un recurso; más aún, el interés debe ser de la persona que pretende activar el recurso, es decir, hablamos de una legitimación personal y propia (la persona que recurre debe demostrar

⁶⁸ Artículo 162 (2), Constitución; artículo 24, LOCC.

esta afectación, por lo que la resolución de la Corte Constitucional tendría consecuencias en su estatus legal) y, lo que es más importante aún, la afectación debe ser directa y concreta. Si alguno de estos elementos no está presente, entonces la presunción procesal sobre su legitimación desaparece por completo y la Corte desecharía en principio el recurso.

En cuanto a quienes recurren de manera individual, la Corte Constitucional examina al inicio si la sentencia *in merito*, eventualmente, podría tener algún efecto en la persona.⁶⁹ Al contrario, cuando quienes recurren normas son órganos estatales o personas jurídicas de carácter público, no es necesario que ellas demuestren un interés legal ante la Corte Constitucional.⁷⁰ Sin embargo, los órganos estatales y las personas jurídicas de carácter público no pueden presentar solicitudes para iniciar la revisión constitucional o legal de normas que ellos mismos han adoptado.⁷¹

Los órganos estatales no necesitan demostrar algún interés para combatir normas que regulen sus competencias. Por otro lado, no están facultados para impugnar normas que coarten directamente la posición jurídica de los individuos cuyos derechos son objeto de la toma de decisiones de dicho órgano; sólo los individuos afectados pueden demostrar su legitimación procesal para impugnar la mencionada norma ellos mismos.

Los órganos estatales y personas jurídicas de carácter público sólo pueden combatir normas que afectan su propio estatus legal cuando actúan como dicho órgano. Este principio aplica para otros sujetos de derecho público.

En todos los casos en los que órganos estatales y personas jurídicas de carácter público o que integrantes del gobierno en lo individual y/o personas que ejercen una función de dichos órganos, debe tomarse como

⁶⁹ Artículo 24 (1)(2), LOCC.

⁷⁰ Artículo 23.a de la referida Ley Orgánica.

⁷¹ Artículo 23.a (2) de la antes mencionada Ley Orgánica.

principio general que su interés debe considerarse que se ha demostrado como directo y concreto.

No obstante, la Corte Constitucional realiza una excepción cuando se trata de demandas sindicales. De acuerdo con el artículo 23.a (1) (11) el proceso para la revisión de la constitucionalidad o legalidad de normas puede iniciarse a petición de un representante nacional de un sindicato de alguna profesión o actividad, cuando los derechos de los trabajadores se ven amenazados (en contraste la petición debe ser discutida y probada). Si la solicitud no viene de un sindicato de este tipo, la Corte Constitucional discute y/o valida la solicitud como una petición, lo que significa que dicho sindicato deberá demostrar su legitimación procesal.

La Corte Constitucional ha realizado excepciones en algunos casos en los que se involucran asociaciones y otros grupos de ciudadanos, siempre y cuando dichas asociaciones y grupos se hayan constituido con el objeto de proteger los intereses y derechos de sus miembros.

La estabilidad de la jurisprudencia constitucional ha sido consecuente en acentuar la necesidad de una interpretación restrictiva sobre la legitimación individual, de acuerdo con el rol básico de la legitimación: restringir el acceso a la Corte Constitucional. Este objetivo restrictivo ha formado parte de la propia naturaleza de la legitimación procesal. En ese sentido, la legitimación individual es una barrera para que los recursos no puedan ser considerados como demandas populares (*actio popularis*). Si se toma en cuenta la sobrecarga de la Corte Constitucional por recursos (individuales) y, de manera paralela, por demandas constitucionales (individuales), puede considerarse bien fundada esta interpretación restrictiva de la legitimación.

Sin embargo, por otro lado, no es admisible impedir las peticiones individuales (reclamaciones populares) mediante una interpretación de la legitimación procesal tal que, en una situación concreta, nadie podría demostrar tenerla. Es una cuestión esencial la de dónde está el punto

extremo de esa interpretación restrictiva de la legitimación procesal (individual). Además, no está claro dónde está el punto extremo de la limitación gradual de acceso a la Corte Constitucional.

4.1 Tribunales Ordinarios como demandantes (Cuestiones preliminares - Alegato de inconstitucionalidad)

La Corte Constitucional establece disposiciones concretas para la revisión de solicitudes de tribunales ordinarios sobre constitucionalidad y legalidad, cuando surge en procesos que ellos desahogan.⁷² El procedimiento ordinario debe suspenderse, cuando se plantean cuestiones preliminares ante la Corte Constitucional. Esto puede suceder por ministerio de ley o por decisión del tribunal competente. En cualquier caso, debe asegurarse que el juez ordinario no aplica la ley que considera es inconstitucional y que deberá definirse por la Corte Constitucional.

Los tribunales están obligados a realizar la consulta. El artículo 156 de la Constitución establece que, si un tribunal al resolver algún asunto considera que la legislación aplicable es inconstitucional, éste debe suspender el proceso e iniciar actuaciones ante la Corte Constitucional y, en caso de tratarse de un estatuto, los tribunales deben de usar la *exceptio illegalis*. Los procesos ante el tribunal deberán continuar después de que la Corte Constitucional haya emitido su criterio.

Adicionalmente, la Constitución prevé la revisión judicial de actos y resoluciones de todos los órganos administrativos.⁷³ La Constitución determina que los tribunales competentes pueden decidir sobre la validez legal de las resoluciones de órganos gubernamentales, dependencias de gobiernos locales y autoridades relacionadas con controversias administrativas y relacionadas con derechos y obligaciones de individuos u organizaciones.⁷⁴ Esto significa que todos los actos de órganos administrativos

⁷² Artículo 156 de la Constitución; artículo 23, LOCC.

⁷³ Artículo 120 (3), Constitución.

⁷⁴ Artículo 157, Constitución.

(inclusive aquellos frente a los que no procede una apelación) pueden ser examinados bajo una revisión judicial. En casos en los que se han agotado recursos legales pero siguen alegándose violaciones a derechos constitucionales de una persona, es posible presentar una demanda constitucional frente a la Corte Constitucional.⁷⁵ Esto implica que el control constitucional de actos administrativos no es competencia de los tribunales ordinarios, sino de la Corte Constitucional que podrá abrogar o anular los actos administrativos generales que sean inconstitucionales o ilegales.⁷⁶

Toda vez que el sistema esloveno de control constitucional es concentrado, en principio, los tribunales ordinarios no pueden ejercer un control constitucional al decidir casos concretos. Los tribunales deben suspender el proceso bajo su competencia y solicitar a la Corte Constitucional la revisión de constitucionalidad.⁷⁷ El tribunal ordinario podrá continuar con el proceso sólo tras la revisión que la Corte realice sobre la constitucionalidad de la norma respectiva (por tanto, el sistema esloveno adoptó también el principio de que una norma sólo puede ser expulsada del orden jurídico por la Corte Constitucional).

Si la Suprema Corte considera que una norma que debe aplicar, o parte de ella, es inconstitucional, debe suspender la resolución de todos los casos relacionados y solicitar el inicio de la revisión de la constitucionalidad de dicha norma.⁷⁸

Además, si por solicitud de la Suprema Corte se inicia un proceso de revisión de la constitucionalidad de una norma, o parte de ella, cualquier tribunal que deba aplicarla deberá suspender los procedimientos respectivos hasta la resolución final de la Corte Constitucional, sin que deba de solicitar por separado la revisión a la Corte Constitucional.⁷⁹

⁷⁵ Artículo 160 (1) (6), Constitución, artículos 50 al 60, LOCC.

⁷⁶ Artículo 59 (1), LOCC.

⁷⁷ Artículo 156 de la Constitución y artículo 23, LOCC.

⁷⁸ Artículo 23 (2), LOCC.

⁷⁹ Artículo 23 (3), LOCC.

Las partes involucradas en un proceso ante un tribunal ordinario no pueden interferir en esta revisión, toda vez que los tribunales ordinarios tienen una obligación constitucional de hacer la solicitud a la Corte Constitucional y suspender los procesos en curso.

Queda claro de los artículos 156 de la Constitución y 23 de la LOCC que un tribunal (por ejemplo, en un proceso civil) no está obligado a detener el proceso y solicitar la revisión de constitucionalidad de una norma cuando una de las partes lo solicita. En virtud de las normas señaladas, sólo se procederá a realizar la solicitud ante la Corte y suspender el proceso cuando el tribunal es el que duda de la conformidad de la norma que debe aplicarse con la Constitución.⁸⁰

Si el tribunal considera que la norma que debe aplicar es inconstitucional, debe suspender el proceso, de acuerdo con el artículo 156 de la Constitución, comenzar la consulta ante la Corte Constitucional, y el proceso ordinario no podrá continuar hasta que se dicte resolución sobre la conformidad de la norma con la Constitución. Así ha ocurrido hasta ahora en casos en los que la Corte Constitucional ha decidido sobre la solicitud de tribunales ordinarios.⁸¹ En todos ellos, la Suprema Corte suspendió sus procesos de revisión judicial sobre resoluciones administrativas, en una etapa en la que todavía no existía una decisión final. En opinión de algunas personas, en particular, la definitividad de una resolución impediría los efectos de una posible anulación de las disposiciones legales impugnadas. Sin embargo, la Corte Constitucional no ha confirmado esta postura. Con relación a estas inquietudes y la función de la Suprema Corte como el más alto tribunal para homologar jurisprudencia,⁸² la Corte Constitucional sostuvo en el caso No. U-I-273/98

⁸⁰ Véase la orden Núm. Up-70/96 del 22 de mayo de 1996, publicada en www.us-rs.si.

⁸¹ Véase p. ej. las resoluciones Núm. U-I-48/94 del 9 de noviembre de 1994 – Gaceta Oficial RE, Núm. 73/94 y DecCC III, 123; Núm. U-I-48/94 del 25 de mayo de 1995 – Gaceta Oficial RE, Núm. 37/95 y DecCC IV, 50; Núm. U-I-225/96 del 15 de enero de 1998 – Gaceta Oficial RE, Núm. 13/98 y DecCC VII, 7.

⁸² Artículo 127 (1) de la Constitución.

del 1 de julio de 1999⁸³ que los requisitos para iniciar la consulta de constitucionalidad establecida en el artículo 23 de su Ley Orgánica se han observado, aunque en ese caso en concreto el proceso no se haya suspendido.

4.2 Exception of Unconstitutionality (*Exceptio Illegalis*)

Un tribunal ordinario está obligado a suspender los procesos que desahoga cuando surge un cuestionamiento sobre la constitucionalidad de una norma y en caso de normas estatutarias los tribunales ordinarios deben utilizar la *exceptio illegalis*.

Un aspecto interesante sobre la relación entre la Corte Constitucional y los tribunales ordinarios se estableció mediante lo establecido en el artículo 156 de la Constitución que establece: "Si un tribunal que resuelva algún asunto considera inconstitucional una ley que debería aplicar, debe suspender el procedimiento e iniciar actuaciones ante la Corte Constitucional. El procedimiento ante el tribunal podrá proseguir una vez que la Corte Constitucional haya dictado su decisión".⁸⁴

Este artículo define la relación entre tribunales ordinarios y la Corte Constitucional en dos sentidos. Para someter un asunto de constitucionalidad de una norma ante la Corte Constitucional, el tribunal ordinario (*judex a quo*) primero debe determinar el significado de la norma cuestionada (sospechosa) y, segundo, justificar su inconstitucionalidad. La Corte Constitucional revisa la actuación de los tribunales ordinarios en ambos sentidos.

⁸³ Gaceta Oficial RE, Núm. 60/99, DecCC VIII, 169, véase también www.us-rs.si.

⁸⁴ Consideramos necesario mencionar que en la literatura jurídica eslovena todos los procedimientos relacionados con la adjudicación de la conformidad de las leyes (y los reglamentos) se denominan control abstracto (porque en estos procedimientos se controlan actos abstractos) para distinguirlos del recurso de inconstitucionalidad (que, por otra parte, nunca se denomina control concreto, aunque el objeto de análisis en estos procedimientos son actos individuales y, por regla general, concretos). El término revisión concreta no se utiliza en la literatura jurídica eslovena.

Considero que debería otorgarse tiempo suficiente para la resolución de este proceso (considero importante mencionar que en muchas ocasiones la interpretación realizada por la Corte Constitucional de la norma cuestionada difiere de la que realizó el tribunal ordinario), lo que permitiría disipar cualquier duda de constitucionalidad y ayudaría, a su vez, a resolver la controversia inicial.

No es necesario mencionar que las resoluciones en estos recursos tienen un efecto *erga omnes* como cualquier otra resolución de control abstracto. La resolución se publica en la Gaceta Oficial y sus efectos se aplican al caso que detonó la disputa constitucional. No obstante, llama la atención que los tribunales ordinarios no utilizan de manera frecuente esta vía.⁸⁵

4.3 Otras partes en el proceso

Las partes en los procesos que se desahogan ante la Corte Constitucional pueden estar representadas por personas que ellas autoricen especialmente para dicho proceso, de acuerdo con lo que se establece en el artículo 24.a (control abstracto) y en el artículo 50 (3) (demanda constitucional) de la LOCC.

De manera adicional, conforme a su Ley Orgánica, la Corte Constitucional debe enviar al órgano que emitió la norma en controversia (en su carácter de autoridad responsable) una copia de la solicitud o demanda e incluir una copia de la admisión de la demanda y un plazo para dar contestación o ampliación de la contestación según el artículo 28 (1).

⁸⁵ No hay una respuesta clara sobre cuáles son las obligaciones del tribunal ordinario si una parte plantea una cuestión de inconstitucionalidad en un procedimiento judicial. ¿Debe el tribunal dar alguna respuesta formal provisional o puede tratar el problema en la sentencia definitiva? ¿Tienen los tribunales ordinarios, incluso de forma negativa, competencia para tratar cuestiones constitucionales? La pregunta es de escasa relevancia práctica, ya que cualquier parte siempre puede impugnar cualquier disposición legal directamente ante el Tribunal Constitucional, siempre y cuando demuestre que la disposición que se va a aplicar en su caso interfiere con sus derechos, su legitimación procesal o su posición jurídica. En tal caso, un tribunal ordinario detendría, si no suspendería formalmente, el procedimiento hasta la sentencia definitiva de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional también puede solicitar la participación de otras personas y órganos de gobierno, de comunidades locales o empresas públicas cuando considere necesario escuchar sus posturas; de igual forma, solicitar la opinión de expertos profesionales y de otras organizaciones; así como interrogar a testigos y expertos y desahogar otros medios de prueba u obtener elementos particulares de otros tribunales y órganos estatales.⁸⁶

No existe un abogado especial para las acusaciones ante la Corte Constitucional.

E. Selección de asuntos

En principio, no existe un procedimiento de selección que permita a la Corte Constitucional limitar el número de casos que deban admitirse o acelerar el desahogo de dichos casos (desistimiento, proceso sumario, objeción, sobreseimiento).

Ni la Constitución ni las leyes otorgan a la Corte Constitucional directamente competencias de esa naturaleza. Así, según la tradición de las cortes continentales, el principio de legalidad debe respetarse en los procedimientos de control constitucional, lo que significa que la Corte debe emitir una resolución en cada caso que le sea remitido cuando los requisitos procesales se cumplan.

No obstante, se han aprobado algunas restricciones procesales a partir de las reformas a la LOCC en 2007,⁸⁷ para un mejor desempeño de la Corte. Pero, por el otro lado, estas restricciones pueden considerarse como limitaciones para que quienes demandan accedan a la jurisdicción de la Corte.

⁸⁶ Artículo 28 (2) de la referida Ley Orgánica.

⁸⁷ Gaceta Oficial RE, No. 64/07.

Aun así, de alguna manera, la Corte Constitucional puede acelerar el desahogo en casos particulares. El artículo 46 de las Reglas de Procedimiento de la Corte Constitucional de la República de Eslovenia⁸⁸ determina la resolución de casos "bajo la regla de resolverlos en el orden de precedencia que fueron recibidos, excepto:

- Cuando determinados casos, por su sencillez, pueden considerarse en la fase de estudio o de procedimientos preliminares;
- Cuando la resolución según el orden de precedencia se ve afectada por la duración y complejidad de los procedimientos preliminares o los procedimientos para considerar un caso particular;
- Cuando uno de los casos debe considerarse de urgente resolución bajo la propia reglamentación que establece el artículo 6 de la LOCC;
- Cuando la LOCC u otras normas establecen un plazo para que la Corte considere y decida un caso;
- Cuando se trate de una sentencia sobre una disputa jurisdiccional;
- Cuando se trata de una cuestión jurídica importante y, en otros casos, cuando así lo decida el Tribunal.

En general, la Corte Constitucional debe limitarse al examen de las cuestiones que se le plantean.

Sin embargo, al decidir sobre la constitucionalidad y legalidad de una norma, la Corte Constitucional está facultada para revisar la constitucionalidad y legalidad de otras disposiciones de la misma legislación o de otras que no han sido impugnadas, siempre y cuando estas disposiciones están íntimamente relacionadas, o si se considera absolutamente necesario para resolver el caso.⁸⁹

⁸⁸ Gaceta Oficial RE, No. 86/07.

⁸⁹ Artículo 30, LOCC.

Si la Corte Constitucional, al resolver una demanda constitucional, determina que el acto estuvo fundado en una norma inconstitucional, dicho acto debe anularse (*ex tunc*) o derogar (*ex nunc*).⁹⁰ Asimismo, la Corte determinará en su resolución la autoridad competente y, por tanto, podría anular la norma o acto con efectos generales que resultó de un uso inconstitucional o ilegal de competencias.⁹¹

F. Tipología de resoluciones

Las resoluciones de la Corte pueden clasificarse, bajo una tipología general, de la siguiente manera:

6.1 Resoluciones procesales:

- Desestimación del proceso a partir del desistimiento de la solicitud durante el proceso preliminar;⁹²
- Desechamiento del recurso, por la falta de legitimación del demandante;⁹³
- Desechamiento del recurso, por falta de competencia al no combatirse una norma o reglamento;⁹⁴
- Desechamiento de un recurso, por falta de interés legal;⁹⁵
- Desechamiento del recurso, por incumplimiento de prerequisites procesales;⁹⁶
- Improcedencia de un recurso por infundado;⁹⁷
- Improcedencia de un recurso al no presentar nuevos argumentos y limitarse a repetir los presentados de manera previa;⁹⁸

⁹⁰ Artículo 161 (2) de la Constitución, artículo 59 (2), LOCC.

⁹¹ Artículo 61 (4), LOCC.

⁹² Artículo 25(2), LOCC.

⁹³ Artículo 25 (1), LOCC.

⁹⁴ Artículo 25(3), LOCC.

⁹⁵ Artículo 25(3.) LOCC.

⁹⁶ Artículo 25, LOCC.

⁹⁷ Artículo 26 (2), LOCC.

⁹⁸ Artículo 26 (2), LOCC.

- Desestimación del procedimiento por no entregar la información requerida para continuar con el proceso;⁹⁹
- Desestimación de una solicitud de excusa hacia un integrante de la Corte;¹⁰⁰
- Suspensión provisional;¹⁰¹
- Desechamiento de una demanda constitucional por no tratarse de actos que violenten derechos u obligaciones;¹⁰²
- Desechamiento de una demanda constitucional, por falta de legitimación del promovente;¹⁰³
- Desechamiento de la demanda constitucional, por no haber agotado los recursos previos;¹⁰⁴
- Desechamiento por presentar la demanda constitucional de manera extemporánea;¹⁰⁵
- Desechamiento por incumplimiento de apercibimiento de completar información;¹⁰⁶
- Desechamiento de una demanda inconstitucional por tratarse de actos no impugnables ante la Corte;¹⁰⁷
- Inadmisión de la demanda constitucional¹⁰⁸ y
- Suspensión provisional;¹⁰⁹

6.2 Resoluciones (*in merito*):

6.2.1 Resoluciones relacionadas con la constitucionalidad de normas (*Control in Abstracto*)

- Resolución interpretativa (estimada);¹¹⁰

⁹⁹ Artículo 28 (3), LOCC.

¹⁰⁰ Artículo 33, LOCC.

¹⁰¹ Artículo 39, LOCC.

¹⁰² Artículo 55.b (1)(1), LOCC.

¹⁰³ Artículo 55.b (1)(6), LOCC.

¹⁰⁴ Artículo 55.b (1)(5), LOCC.

¹⁰⁵ Artículo 55.b (1)(4), LOCC.

¹⁰⁶ Artículo 55.b (1)(7), LOCC.

¹⁰⁷ Artículo 55.b (1)(3), LOCC.

¹⁰⁸ Artículo 55.b (2), LOCC.

¹⁰⁹ Artículo 58, LOCC.

¹¹⁰ Artículo 6, LOCC.

- Prohibición de aplicación de un reglamento o norma no publicada;¹¹¹
- Determinación sobre el modo de ejecución sobre la decisión de la Corte;¹¹²
- Derogación total de una norma, con efectos inmediatos;¹¹³
- Derogación total de una norma, después de un periodo transitorio;¹¹⁴
- Derogación de una porción de la norma, con efectos inmediatos;¹¹⁵
- Derogación de una porción de la norma, después de un periodo transitorio;¹¹⁶
- Anulación de reglamentos u otros actos con efectos generales;¹¹⁷
- Derogación de reglamentos u otros actos con efectos normativos;¹¹⁸
- Resolución declaratoria, tras haber cesado la vigencia de la norma previo al proceso ante la Corte;¹¹⁹
- Resolución declaratoria, tras haber cesado la vigencia de la norma durante el proceso ante la Corte,¹²⁰ y
- Resolución declaratoria, sobre un plazo para que la legislatura ajuste la normativa controvertida con la Constitución (resolución sobre ejecución de sentencia).¹²¹

6.2.2 Resoluciones relacionadas con la constitucionalidad de actos de autoridad (*Control in Concreto*)

- Resolución excepcional de una demanda constitucional antes de haber agotado los recursos precedentes;¹²²

¹¹¹ Artículo 40, LOCC.

¹¹² Artículo 40 (2), LOCC.

¹¹³ Artículos 43 y 44, LOCC.

¹¹⁴ Artículos 43 y 44, LOCC.

¹¹⁵ Artículos 43 y 44, LOCC.

¹¹⁶ Artículos 43 y 44, LOCC

¹¹⁷ Artículo 45, LOCC.

¹¹⁸ Artículo 45, LOCC.

¹¹⁹ Artículo 47, LOCC.

¹²⁰ Artículo 47(2), LOCC.

¹²¹ Artículo 48, LOCC.

¹²² Artículo 51 (2) LOCC.

- Resolución excepcional de una demanda constitucional después de haberla recibido de manera extemporánea;¹²³
- Desechamiento de una demanda por infundada;¹²⁴
- Resolución de demanda constitucional por la que anula el acto de autoridad y remite el caso a la autoridad competente para decidir al respecto;¹²⁵
- Resolución de demanda constitucional por la que se deroga un acto de autoridad y se remite el caso a la autoridad competente para decidir al respecto;¹²⁶
- Resolución de demanda constitucional por la que se deroga un acto de autoridad y se remite el caso a la autoridad competente para decidir al respecto, resolución dictada por panel;¹²⁷
- Resolución de demanda constitucional, anulación de un reglamento o acto normativo; abrogación de un reglamento o acto normativo;¹²⁸
- Resolución final de demanda constitucional sobre un derecho humano o libertad fundamental controvertida,¹²⁹ y
- Ejecución de una resolución de la Corte Constitucional sobre un derecho humano o libertad fundamental controvertida.¹³⁰

6.2.3 Otras resoluciones *in Merito*

- Decisión sobre el órgano competente;¹³¹
- Prohibición temporal para el desempeño de la Oficina de la Presidencial;¹³²

¹²³ Artículo 52 (3), LOCC.

¹²⁴ Artículo 59 (1), LOCC.

¹²⁵ Artículo 59 (1), LOCC.

¹²⁶ Artículo 59 (1), LOCC.

¹²⁷ Artículo 59(3), LOCC.

¹²⁸ Artículo 161 (2) de la Constitución; artículo 59 (2), de LOCC.

¹²⁹ Artículo 60 (1), LOCC.

¹³⁰ Artículo 60 (2), LOCC.

¹³¹ Artículo 61 (4), LOCC.

¹³² Artículo 64 (3), LOCC.

- Resolución por la que se declara infundada una propuesta de absolución en el juicio político;¹³³
- Resolución sobre la justificación de una propuesta de juicio político y la separación del cargo público;¹³⁴
- Desechamiento de una petición o recurso en contra de actos de partidos políticos;¹³⁵
- Resolución por la que se anula por inconstitucional un acto de un partido político;¹³⁶
- Resolución por la que se prohíbe a un partido político realizar alguna actividad considerada inconstitucional;¹³⁷
- Resolución por la que se ordena la pérdida de registro de un partido político;¹³⁸
- Resolución por la que se anula una decisión de la Asamblea Nacional y se revisa la validez de la elección de una diputación;¹³⁹
- Resolución por la que se anula una decisión del Consejo Nacional sobre la elección de sus integrantes;¹⁴⁰
- Opinión vinculante sobre la conformidad de un instrumento internacional con la Constitución;¹⁴¹
- Resolución por la que se anula una decisión de la Asamblea Nacional respecto a la elección de una integrante del Parlamento Europeo;¹⁴²
- Resolución por la que se anula una decisión de la Asamblea Nacional sobre la creación de un municipio o la modificación de sus límites territoriales;¹⁴³

¹³³ Artículo 65 (1), LOCC.

¹³⁴ Artículo 65 (2), LOCC.

¹³⁵ Artículo 68, LOCC.

¹³⁶ Artículo 68 (3), LOCC.

¹³⁷ Artículo 68 (3), LOCC.

¹³⁸ Artículo 68 (4), LOCC.

¹³⁹ Artículo 69 (3), LOCC; Artículo 8 (1), Ley de Diputaciones. Gaceta Oficial RE, Núm. 48/92.

¹⁴⁰ Artículo 50 (3), Ley del Concejo Nacional. Gaceta Oficial RE, Núm. 44/92.

¹⁴¹ Artículo 160 (2), Constitución; artículo 70, LOCC.

¹⁴² Artículo 23 (1), Ley para la elección de representantes eslovenos al Parlamento Europeo.

¹⁴³ Artículo 14.a Ley de Autogobierno Local.

- Resolución por la que se anula un acto que viola el estatus o los derechos de una comunidad local;¹⁴⁴
- Resolución declaratoria sobre la constitucionalidad de las consecuencias que podrían producirse por la suspensión de la implementación de una ley o por la no aprobación de una ley, resolución declarativa;¹⁴⁵
- Resolución declaratoria sobre la constitucionalidad y legalidad de una solicitud para convocar a referéndum;¹⁴⁶
- Resolución por la que se anula una decisión de la Asamblea Nacional de no convocar a un referéndum sobre reformas constitucionales aprobadas;¹⁴⁷
- Resolución por la que se anula una decisión de la Asamblea Nacional respecto a la disolución de un concejo municipal o la destitución de un alcalde.¹⁴⁸

G. Efectos y consecuencias

Las resoluciones de la Corte Constitucional son vinculantes legalmente.¹⁴⁹

Las resoluciones de la Corte Constitucional dictadas en ejercicio de su facultad de control abstracto tienen efectos *erga omnes*, lo que significa que dichas resoluciones son vinculantes para todo órgano o persona, independientemente de haber participado o no en la controversia constitucional que dio origen a la resolución.

Por otra parte, las resoluciones que recaen a las demandas constitucionales (que implican el ejercicio de un control concreto),¹⁵⁰ sólo tienen efectos *inter partes*, es decir, únicamente son vinculantes para quienes

¹⁴⁴ Artículo 91, Ley de Autogobierno Local; artículo 23 (1)(9), LOCC.

¹⁴⁵ Artículo 21, Ley sobre referéndum e Iniciativas ciudadanas.

¹⁴⁶ Artículo 47.a (2), Ley de Autogobierno Local.

¹⁴⁷ Artículo 5.ç, Ley sobre referéndum e Iniciativas ciudadanas.

¹⁴⁸ Artículo 90.c (4), Ley de Autogobierno Local.

¹⁴⁹ Artículo 1 (3), LOCC.

¹⁵⁰ Artículos 59 y 60, LOCC.

intervinieron en la disputa. No obstante, estas resoluciones podrían tener efectos *erga omnes* cuando se encuadren en el supuesto establecido en el artículo 59 (2) de la LOCC (si la Corte Constitucional determina que la invalidez del acto de autoridad proviene de la inconstitucionalidad de la norma en la que se basó, pues en ese caso podrá invalidar a su vez la norma, al aplicar la regulación para la revisión de la constitucionalidad y legalidad de actos normativos).

En lo referente a las demandas constitucionales, según lo establecido en el artículo 59 de la LOCC, (1) la Corte Constitucional desestimaré un recurso de inconstitucionalidad por considerarlo infundado o lo aceptará parcial o totalmente, derogará, con carácter retroactivo (es decir, efecto *ab initio*, *ex tunc*) o prospectivo (efecto *ex nunc*), el acto impugnado, y devolveré el asunto al órgano competente (para que lo examine de nuevo).

(2) Si la Corte establece que un acto de autoridad anulado (*ab initio*) se fundó en una norma inconstitucional, podría derogar esa norma aplicando la regulación para la revisión de la constitucionalidad de normas.

En ese caso, bajo el artículo 43 de la LOCC, cuando la Corte derogue una norma o parte de ella por contravenir la Constitución, dicha resolución surte efectos al día siguiente de su publicación o vencido el plazo que se establezca por la propia Corte (tras un periodo transitorio).

¿Se respetan siempre las determinaciones de la Corte Constitucional? ¿A veces encuentran resistencia de instituciones y otros tribunales? ¿Tienen a veces los demás tribunales dificultades para aplicar las órdenes de la Corte Constitucional?

Formalmente, las resoluciones de la Corte Constitucional son legalmente vinculantes.¹⁵¹ Más aún, la Constitución establece que la República de

¹⁵¹ Artículo 1 (3), LOCC.

Eslovenia es un Estado Democrático de Derecho,¹⁵² en el que se materializa la separación de poderes, se delimitan las competencias de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial¹⁵³ y en el que se garantiza el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales.¹⁵⁴

La base fundamental del principio de separación de funciones es la protección de la libertad y dignidad de las personas frente al Estado. La eficiencia democrática del principio de separación de funciones depende, en primera instancia, de la supervisión, limitación y cooperación mutua y balanceada que exista, lo que permitirá alcanzar los objetivos nacionales.

El principio de separación de funciones no permite una absoluta autonomía de una de las ramas del poder, más bien establece una dependencia mutua entre ellas y asegura que ninguna pueda ejercer sus funciones (legislativa, ejecutiva y judicial) de manera aislada. Pero esta perspectiva de ejercicio del poder se olvida bastante seguido.

La condición básica para que los frenos y contrapesos se mantengan como la vía para operar el principio de separación de funciones es que cada rama del poder ejerza sus competencias conforme a lo establecido en el orden jurídico o que se le finque responsabilidad cuando actúe de manera distinta. No es posible liberarlas de responsabilidad. No obstante, la Corte Constitucional ha subrayado que varias de sus resoluciones no han sido observadas.

Por ejemplo, en algunas de las resoluciones de la Corte Constitucional en las que se ha declarado la inconstitucionalidad de disposiciones legales y, con base en el artículo 48 de la LOCC, determina un plazo para que el Parlamento elimine la disposición normativa controvertida, la respuesta

¹⁵² Artículo 2, Constitución.

¹⁵³ Artículo 3 (2), Constitución.

¹⁵⁴ Artículo 5 (1), Constitución.

del Parlamento se ha dado después de vencido el plazo. Esto ha ocasionado que se presenten otros casos por la omisión legislativa de acatar la resolución judicial (incluso varios años después de vencido el plazo).

Al respecto, la Corte Constitucional ha declarado que dichas omisiones son acciones en contra del Estado Democrático de Derecho¹⁵⁵ y del principio de separación de funciones.¹⁵⁶ Por ello, la Corte ha exigido a todas las ramas estatales cumplir con sus obligaciones y dejar de evadir el cumplimiento de sus responsabilidades.

Y si bien es cierto que el Parlamento tiene competencia para regular determinadas materias vía legislativa, también el Gobierno es responsable de la situación actual. El Gobierno también tiene la facultad de proponer la modificación del orden normativo estatal, por lo que las resoluciones de la Corte Constitucional también son vinculantes para el Gobierno. Una parte esencial de su responsabilidad debería dirigirse a proponer a la Asamblea Nacional la modificación de la legislación que ha sido declarada como inconstitucional por la Corte Constitucional.

Las consecuencias jurídicas de las resoluciones de control abstracto de la Corte Constitucional están estipuladas en los artículos 43 a 48 de la LOCC. La Corte Constitucional puede derogar total o parcialmente una ley que no se ajuste a la Constitución. Dicha derogación surte efecto al día siguiente de la publicación de la sentencia de la misma, o una vez transcurrido el plazo que determine la Corte Constitucional.¹⁵⁷ La Corte Constitucional anula o deroga las normas que declara inconstitucionales o ilegales. La Corte Constitucional anula dichos actos cuando determina que es necesario remediar las consecuencias perjudiciales derivadas de dicha inconstitucionalidad o ilegalidad. La anulación tiene efecto retroactivo. En otros casos, la Corte Constitucional deroga dichos actos.

¹⁵⁵ Artículo 2, Constitución.

¹⁵⁶ Artículo 3 (2), Constitución.

¹⁵⁷ Artículo 43, LOCC.

La derogación surte efecto al día siguiente de la publicación de la resolución de la Corte Constitucional con respecto a la misma o una vez transcurrido el plazo que determine la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional, en ejercicio del control abstracto, considera que una ley, otra legislación o norma dictada para el ejercicio del poder público es inconstitucional o ilegal cuando ésta no regula una cuestión que debería regular (es decir, por omisión legislativa) o por regularla de forma que no permita su anulación o derogación, de forma que se adopte una resolución declarativa al respecto.¹⁵⁸ De ser necesario, la Corte Constitucional determina qué autoridad debe ejecutar la resolución y de qué manera.¹⁵⁹ El Parlamento (o la autoridad que haya emitido dicha legislación o norma inconstitucional o ilegal para el ejercicio del poder público) debe subsanar la inconstitucionalidad o ilegalidad constatada en un plazo determinado por la Corte Constitucional (sentencia de seguimiento provisional). El deber del Parlamento de suplir una laguna jurídica se desprende del artículo 2 (principio del Estado de Derecho) y del artículo 3 (2) de la Constitución (principio de separación de competencias).

Si el Parlamento no respeta un plazo que la Corte Constitucional determinó sobre la base del artículo 48 de la LOCC, la Corte Constitucional puede, en caso de revisión reiterada de dicha legislación, establecer que el Parlamento viola los artículos 2 y 3 (2) de la Constitución. También existe la posibilidad de una "intensificación de las sanciones".¹⁶⁰

¹⁵⁸ Artículo 48, LOCC.

¹⁵⁹ Artículo 48 (2), LOCC.

¹⁶⁰ Es ilustrador señalar un caso en el que la Corte Constitucional en una revisión reiterada intensificó la sanción:

La Corte Constitucional decidió mediante la resolución n° U-I-17/94, de 13/10-1994, Gaceta Oficial RE, n° 74/94 y OdlUS III, 113, que el artículo 51 de la Ley de concurso obligatorio, quiebra y liquidación, que como método de reorganización financiera de una empresa determinaba también la reducción del número de empleados contratados por un deudor, es incompatible con la Constitución porque el Parlamento no reguló los derechos de los empleados cuyo empleo finaliza sobre la base de esta disposición con una ley especial, en cumplimiento del segundo párrafo del artículo 8 de la misma ley. Esta resolución exigía que el Parlamento adoptara dicha ley en un plazo de seis

En cuanto a las competencias de la Corte Constitucional introducidas por la Constitución de 1991, además de decidir sobre los recursos de

meses a partir de su publicación en la Gaceta Oficial RE. La argumentación de la resolución llamó la atención sobre el hecho de que los derechos de los trabajadores despedidos de las empresas insolventes deben legislarse con carácter retroactivo, desde el día de la aplicación de la Ley de concurso obligatorio, quiebra y liquidación. El plazo para subsanar la inconstitucionalidad expiró el 31 de mayo de 1995.

La nueva petición de 28 de junio de 1995, que impugnaba la misma disposición legal, alegaba que el Parlamento no había respetado la resolución de la Corte Constitucional. Por lo tanto, el demandante volvió a alegar la violación del principio del Estado de Derecho (artículo 2 de la Constitución). Además, alegó que, al no respetar la sentencia de la Corte Constitucional, el Parlamento socavó la autoridad de este órgano. Propuso que el artículo 51 de la Ley de concurso obligatorio, quiebra y liquidación fuera anulado.

El artículo 161 (3) de la Constitución determina que las consecuencias jurídicas de las resoluciones de la Corte Constitucional se regulen por ley. Además, el artículo 48 (2) de la Ley de la Corte Constitucional determina que el Parlamento debe subsanar la inconstitucionalidad constatada en un plazo determinado por la Corte Constitucional. En el caso en cuestión, el Parlamento no respetó la disposición legal basada en la disposición constitucional, aunque es una de las reglas fundamentales de un Estado de Derecho (artículo 2, Constitución) que la legalidad debe ser respetada en primer lugar por el propio parlamento.

Al no respetar dicha obligación, el Parlamento violó gravemente el principio de un Estado de Derecho, así como el principio de separación de competencias (artículo 3 (2), Constitución).

Respetar el principio de separación de competencias, en concreto, implica no sólo que ninguno de los poderes interfiera en las competencias de otro, sino también que ninguno de ellos descuide las actividades que está obligado a realizar dentro de su ámbito de actuación, especialmente cuando dicha obligación ha sido impuesta por una sentencia judicial. La Corte Constitucional, en cumplimiento de su función constitucional, está aún más obligada a llamar la atención sobre ello, habida cuenta de que la Constitución, comprensiblemente, no contempla tales violaciones de las normas fundamentales para el ejercicio de la competencia en cumplimiento de los principios de un Estado de Derecho y, por tanto, tampoco medidas sistémicas contra ellas.

La Corte Constitucional, al revisar una nueva petición, decidió que el impugnado artículo 51 de la Ley de concurso obligatorio, quiebra y liquidación, sobre el cese de la relación laboral como medida de saneamiento financiero, no puede aplicarse hasta que entren en vigor las disposiciones legales sobre los derechos especiales de los trabajadores, tal y como determina el segundo párrafo del artículo 8 de la misma ley. Dicha resolución se dictó sobre la base de la interpretación *mutatis mutandis* de la primera frase del artículo 43 de la Ley de la Corte Constitucional, mediante la aplicación de la interpretación *a maiori ad minus*: en virtud de esta disposición, la Corte Constitucional puede anular una ley, puede, por tratarse de una injerencia menos grave que la anulación, también suspenderla (excluir la temporalmente de su aplicación) en ciertos casos, como el presente, de valores constitucionales en riesgo de que no puedan protegerse de manera habitual. En el presente caso, la Corte Constitucional optó por esta forma excepcional de proceder porque, según la inconstitucionalidad establecida constitucionalmente de una ley, el Parlamento no hizo nada para remediar la inconstitucionalidad establecida de una legislación que interfiere con valores constitucionales importantes (especialmente los principios de un Estado de Derecho y un Estado social), y la anulación de una disposición legal deficiente no era posible o no tenía sentido. También la suspensión de una disposición legal impugnable tendrá consecuencias negativas (imposibilidad temporal del uso de uno de los métodos de concurso obligatorio), sin embargo, con respeto al principio de proporcionalidad, la Corte Constitucional se decidió por ella porque a su juicio es el medio más suave con el que se puede conseguir que se respeten los valores constitucionales en relación con las personas afectadas por la legislación inconstitucional establecida, y al mismo tiempo se respete el principio de la separación de competencias (Resolución Núm. U-I-114/95, de 7/12-1995, Gaceta Oficial RE, n° 8/95 OdlUS IV, 20).

inconstitucionalidad relativos a las violaciones de los derechos humanos, el elemento nuevo más importante es que la Corte Constitucional eslovena es competente para derogar (*ex nunc*) una ley directamente. Debido al Principio de Unidad de Poderes y a la Supremacía del Parlamento, la antigua función de la Corte Constitucional se centraba en evaluar la inconstitucionalidad de una ley. Esto se transformó en una relación activa que no sólo implicaba la derogación de leyes, sino que también ofrecía orientación al Parlamento para el desarrollo del derecho. Sin embargo, la Corte Constitucional aceptó dar al Parlamento la oportunidad de revisar la legislación impugnada en un plazo adecuado, siguiendo las directrices de la Corte Constitucional en una resolución específica.

De este modo, la Corte asumió el papel de "parlamento negativo". En un periodo de transición, el Parlamento no siempre es capaz de seguir los desarrollos ni imponer normas para todos los matices del sistema jurídico y sus instituciones. Las llamadas resoluciones interpretativas emitidas por la Corte Constitucional y las resoluciones supervisadas incluyen algunas instrucciones de la Corte Constitucional al Parlamento sobre cómo resolver cuestiones concretas o asuntos específicos. Sin embargo, en cumplimiento del Principio de Autolimitación Judicial, la propia Corte Constitucional eslovena se ha impuesto un límite claro, lo que indica que ya ha estado creando una norma jurídica (algo que normalmente le corresponde al Parlamento). Por otro lado, puede discutirse la cuestión de si la Corte Constitucional crea realmente la ley, porque también implica la revisión de la actividad legislativa. En cualquier caso, el Parlamento no puede eludir la existencia de la jurisprudencia constitucional eslovena contemporánea en su actividad.

Como efecto concreto de la resolución de la Corte Constitucional, cualquier persona afectada tiene derecho, sobre la base de una resolución de la Corte Constitucional relativa al control constitucional de los actos normativos, a solicitar la modificación o la derogación retroactiva (*ex tunc*) de un acto individual o la eliminación de las consecuencias perjudiciales o incluso a reclamar daños y perjuicios en un plazo de tres

meses a partir del día de la publicación de una sentencia de la Corte Constitucional (artículo 46, LOCC).

En cuanto a los efectos del procedimiento de recurso de inconstitucionalidad, el sistema esloveno permite incluso una resolución definitiva sobre un derecho o una libertad humana impugnados con base en un recurso de inconstitucionalidad (que implica la sustitución del acto individual impugnado por la resolución de la Corte), en el caso de una derogación retroactiva (*ex tunc*) de un acto individual, si dicho procedimiento es necesario para eliminar las consecuencias que ya se han producido sobre la base del acto individual derogado, o si tal es la naturaleza del derecho o la libertad constitucionales, y si se puede llegar a una resolución sobre la base de la información del documento.¹⁶¹ En un primer momento la citada competencia de la Corte Constitucional dio lugar a la discusión de si en este caso la Corte Constitucional representaba una instancia por encima de las cortes ordinarias (especialmente por encima de la Suprema Corte, que es el máximo tribunal del Estado).¹⁶² La jurisprudencia constitucional actual, sin embargo, demuestra que la Corte Constitucional se limita a la evaluación de cuestiones puramente constitucionales, por ejemplo, a la evaluación estricta de las violaciones de derechos constitucionales concretos.¹⁶³

H. La designación de un órgano competente para la ejecución de las resoluciones judiciales (medidas cautelares)

Si la Corte Constitucional suspende la ejecución de una legislación o de una norma dictada para el ejercicio del poder público, puede decidir al mismo tiempo la forma de ejecución de la resolución.¹⁶⁴

¹⁶¹ Artículo 60, LOCC.

¹⁶² Artículo 127(1), Constitución.

¹⁶³ Véase el artículo 1(1), LOCC.

¹⁶⁴ En uno de los casos, la Corte Constitucional utilizó esta competencia estatutaria para establecer un municipio con su propia resolución, lo cual normalmente es parte de la competencia legislativa del Parlamento. En este caso ¿podemos hablar de la función de la Corte Constitucional como legislador positivo?

Si es necesario, la Corte especifica qué órgano debe ejecutar sus resoluciones (en relación con el control constitucional de las normas) y de qué

U-I-114/11, Gaceta Oficial RE, Núm. 47/11 y Odlus XIX, 23, 9. 6. 2011. 1. Se crea el municipio de Ankaran, que engloba el asentamiento de Ankaran. La sede del municipio de Ankaran está en Ankaran. El primer Consejo Municipal estará compuesto por 13 miembros. Un miembro del primer Consejo Municipal será elegido por los miembros de la comunidad nacional italiana como su representante sobre la base de un derecho de voto especial. El territorio del asentamiento de Ankaran se separa del territorio del municipio urbano de Koper. 2. Las primeras elecciones en el municipio de Ankaran se celebrarán en el marco de las elecciones locales ordinarias de 2014. 3. En el municipio de Ankaran, la comunidad nacional italiana y sus miembros gozan de todos los derechos derivados de las obligaciones de derecho internacional de la República de Eslovenia y de todos los derechos especiales determinados por el artículo 64 de la Constitución.

De conformidad con el segundo párrafo del artículo 48 del CCA, la Corte Constitucional determinó que la Asamblea Nacional debía subsanar la inconstitucionalidad establecida de la Ley de Establecimiento de Municipios y Límites Municipales (Gaceta Oficial RE, Núm. 108/06), en un plazo de dos meses (U-I-137/10, Gaceta Oficial RE, Núm. 99/10). Consideró que la Asamblea Nacional actuó de forma arbitraria al no establecer los municipios de Ankaran y Mirna. Dicha conducta supuso una violación de los principios del Estado de Derecho (artículo 2 de la Constitución), del principio general de igualdad ante la ley (segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución) y, en consecuencia, también una violación de las disposiciones constitucionales relativas al autogobierno local (artículos 138 y 139 de la Constitución). De este modo, la Corte Constitucional subrayó que la creación de un municipio en un procedimiento determinado por la Constitución y la ley es una condición esencial para el ejercicio del derecho constitucional al autogobierno local. Sin embargo, esta cadena de acontecimientos en la Asamblea Nacional había hecho que la resolución de la Corte Constitucional nº U-I-137/10 siga sin aplicarse en lo que se refiere a Ankaran. El contenido de la resolución de la Corte Constitucional nº U-I-137/10 no puede implementarse de otra manera que no sea mediante la creación del municipio de Ankaran. En vista de ello, la Corte Constitucional decidió crear el Municipio de Ankaran y determinó todo lo necesario para llevar a cabo las primeras elecciones locales en este municipio (punto 1 de las disposiciones operativas). De este modo, con base en el segundo párrafo del artículo 40 de la LOCC, la Corte Constitucional determinó una nueva forma de implementación de la resolución nº 137/10. Las resoluciones de la Corte Constitucional son vinculantes. Si bien esta norma se deriva ya del principio de separación de competencias (párrafo segundo del artículo 3 de la Constitución), también está determinada explícitamente por el párrafo tercero del artículo 1 de la LOCC. El contenido de dicho efecto vinculante implica que todas las autoridades del Estado están obligadas a respetar e implementar las sentencias adoptadas por la Corte Constitucional como máximo órgano de la competencia judicial para la protección de la constitucionalidad, la legalidad y los derechos humanos y las libertades fundamentales. Si se tienen en cuenta las competencias constitucionalmente determinadas de la Corte Constitucional (artículo 160 de la Constitución), en este marco también entra en su ámbito de competencia interpretar la Constitución y dar a sus disposiciones el sentido por el que se garantizan el Estado de Derecho y una sociedad libre y democrática. De los principios constitucionales fundamentales se desprende que la República de Eslovenia es una república democrática (artículo 1 de la Constitución) y un Estado de Derecho (artículo 2 de la Constitución) en el que las competencias se ejercen de acuerdo con el principio de separación de poderes (párrafo segundo del artículo 3 de la Constitución), que la República de Eslovenia es una democracia constitucional y no un Estado en el que cualquier autoridad estatal (incluido el poder legislativo) pueda considerar las resoluciones de la Corte Constitucional como no vinculantes, es decir, como directrices solamente. La interpretación de la ley es una competencia fundamental e inherente a las Cortes; precisamente esto otorga al poder judicial la posición de competencia que exige el principio constitucional de la separación de competencias porque estas interpretaciones jurídicas son definitivas y de autoridad. Esto se aplica con mayor fuerza aun a la competencia de la Corte Constitucional para realizar interpretaciones definitivas y de autoridad de la Constitución y ejercer así la competencia que el ordenamiento constitucional le otorga.

manera.¹⁶⁵ La Corte Constitucional puede ordenar la suspensión temporal de la implementación de normas individuales, basándose en una norma derogada por una resolución de la Corte.

La sustitución de una norma individual impugnada por una sentencia de la Corte es ejecutada por el órgano competente para la ejecución de la norma individual retroactivamente derogada (*ex tunc*) por la Corte Constitucional y sustituida por la resolución de ésta. Si no existe tal órgano competente según la legislación vigente, la Corte Constitucional nombra uno.¹⁶⁶

I. La repetición de los procedimientos ante la Corte Constitucional

Las resoluciones de la Corte Constitucional son vinculantes¹⁶⁷ y ejecutables.¹⁶⁸ Las normas relativas al procedimiento ante la Corte Constitucional no incluyen ningún recurso legal excepcional contra una resolución de la Corte Constitucional, lo que comprende también cualquier revisión o, en general, repetición de un procedimiento relativo a una controversia constitucional ya resuelta.

El problema de repetir los procedimientos se debatió en la teoría y la práctica constitucionales en los años ochenta. Las discusiones buscaron inspiración en los sistemas extranjeros, pero no en el sistema americano, que incluye el control constitucional accesorio en los casos ordinarios con un efecto *inter partes* de la sentencia, sino en primer lugar en los sistemas austriaco e italiano; aunque también en estos sistemas se excluye la repetición de los procedimientos.

Por lo tanto, hubo algunas propuestas relativas a la implementación subsidiaria de las normas de otros procedimientos para la repetición de los

¹⁶⁵ Artículo 40 (2), LOCC.

¹⁶⁶ Artículo 60 (2), LOCC.

¹⁶⁷ Por ejemplo, artículo 1 (3), LOCC.

¹⁶⁸ Artículo 40 (2), LOCC.

procedimientos ante la Corte Constitucional siguiendo el ejemplo de la legislación que regula la repetición de las audiencias en los litigios administrativos: es decir, por razón de una infracción peor ocurrida durante el procedimiento, o por razón de una infracción penal concreta, cuando una parte descubra nuevos hechos o tenga la oportunidad de presentar nuevas pruebas con las que un caso pudiera haber sido resuelto más ventajosamente para la parte si tales hechos o pruebas se hubieran presentado en el procedimiento anterior.

En primer lugar, la repetición de una controversia constitucional (si se tienen en cuenta sus particularidades, porque el objeto de la adjudicación en dicha controversia es una norma) sería razonable si con posterioridad a la emisión de la resolución de la Corte Constitucional se descubrieran nuevos hechos o pruebas que, de haber sido conocidos y aplicados con anterioridad, hubieran provocado una resolución diferente por parte de la Corte Constitucional.

La repetición del procedimiento sería razonable en todo tipo de resoluciones de la Corte Constitucional, excepto cuando, mediante su resolución anterior, haya derogado o anulado una determinada norma. Si en el caso de una norma de este tipo se pudiera llevar a cabo la repetición del procedimiento y se suprimiera la anterior resolución de la Corte Constitucional sobre una derogación o anulación, la Corte Constitucional entraría, rebasando su competencia, de hecho, en la función normativa del Parlamento u otro autor de normas que determinan el ordenamiento jurídico en un ámbito concreto.

En cuanto a las condiciones o los motivos de la nueva audiencia, pueden aplicarse los mismos motivos que para la nueva audiencia de un litigio administrativo. A la vista de lo expuesto, en una controversia constitucional no sería razonable en una nueva audiencia anular una resolución anterior de la Corte Constitucional y sustituir dicha resolución por una nueva por considerar que, en la confrontación de una norma con una determinada disposición constitucional o jurídica, dicha disposición no

fue correctamente interpretada y fue erróneamente implementada jurídicamente.

Sin embargo, esto no significa que la Corte Constitucional no pueda, incluso sin un procedimiento de nueva audiencia formalmente celebrado a raíz de una solicitud de una de las partes del caso, y en un procedimiento especial, modificar la resolución anterior de la Corte. En la jurisprudencia constitucional de la antigua Yugoslavia, en algunas ocasiones se volvió a tratar un caso presentado a la Corte Constitucional, se anuló la resolución anterior de la Corte Constitucional y se substituyó por una nueva. La repetición de un caso de la Corte Constitucional no es una repetición en el sentido judicial clásico (a pesar de la implementación subsidiaria de las normas relativas a los procedimientos judiciales). De hecho, se trata de un tipo especial de revisión de los procedimientos de la Corte Constitucional que puede dar lugar a la anulación de la resolución anterior de la Corte Constitucional y su substitución por una nueva resolución.

Propiamente dicho, la Corte Constitucional está internamente vinculada de manera procesal al texto de su resolución y/o a la "irrevocabilidad" de la misma. Esta irrevocabilidad significa que la Corte Constitucional no puede derogar o modificar una resolución ya dictada. Cualquier resolución promulgada o emitida ya no está a disposición de la Corte Constitucional.

En consecuencia, las resoluciones de la Corte Constitucional son inatacables para las partes. Sin embargo, como excepción podría considerarse el sistema del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que otorga a los individuos el derecho a la llamada reclamación individual "europea" una vez agotados todos los recursos legales en su país (incluida la resolución definitiva de la Corte Constitucional). Dado que no existe ningún recurso legal (nacional) contra las resoluciones de la Corte Constitucional, éstas pasan a ser formalmente definitivas cuando se emiten y publican.

J. La publicación de las resoluciones de la Corte Constitucional

Las resoluciones y algunas órdenes (si la Corte Constitucional así lo decide) se publican en el Boletín Oficial del Estado, en los boletines oficiales locales y/o en los boletines oficiales de las unidades territoriales y en el diario oficial en el que se haya publicado la norma (en idioma esloveno).¹⁶⁹

Un día después de la publicación de las resoluciones o al expirar el plazo señalado por la Corte Constitucional, las resoluciones de abrogación (*ex nunc*) entran en vigor.¹⁷⁰ Una norma derogada (*ex nunc*) por la Corte Constitucional no se aplica a las relaciones surgidas antes del día en que entró en vigor dicha derogación, si para ese día no se había entablado dicha relación.¹⁷¹

En un plazo de tres meses a partir del día de la publicación de la resolución de la Corte Constitucional, cualquier persona afectada tiene derecho, con base en una resolución de la Corte Constitucional, a solicitar la modificación o la derogación retroactiva (*ex tunc*) de una norma individual o la eliminación de las consecuencias perjudiciales o incluso a reclamar daños y perjuicios.¹⁷²

K. Características específicas del procedimiento

La más importante es la función de casación de la Corte Constitucional con respecto a la ley. Esto significa que la Corte Constitucional puede derogar una ley directamente. La antigua función de la Corte Constitucional (basada en las constituciones eslovenas de 1963 y 1974), que se

¹⁶⁹ Artículo 42, LOCC; artículos 69, 73 y 89, Reglamento interno.

¹⁷⁰ Artículo 43, LOCC.

¹⁷¹ Artículo 44, LOCC.

¹⁷² Artículo 46, LOCC.

centraba en la evaluación de la inconstitucionalidad de una ley, se transformó no sólo en la casación de una ley, sino también en la orientación del Parlamento en su actividad legislativa (predominantemente resoluciones interpretativas estimadas y supervisadas de la Corte Constitucional). Sin embargo, también es posible que la Corte no derogue la disposición legal impugnada, sino que permita al Parlamento conciliar la legislación impugnada con la Constitución en un plazo adecuado.

La mayoría de las competencias de la Corte Constitucional están explícitamente determinadas por la Constitución. Conforme a la primera Constitución de 1963, la Corte Constitucional podía "atender también algunas otras funciones que le competían según la ley". La Constitución de 1974 que la sucedió no incluyó tal posibilidad y especificó las competencias de la Corte Constitucional de forma individual, sin embargo, cualquier cambio o ampliación de las competencias sólo sería posible mediante la enmienda constitucional y/o un cambio constitucional.

El sistema constitucional vigente recuerda al sistema de 1963 en el hecho de que la Corte Constitucional podía recibir también otras competencias por ley.¹⁷³ Las competencias respectivas son: según el artículo 5 y 21 de la Ley sobre referéndum e Iniciativas ciudadanas.¹⁷⁴ Además, la Corte Constitucional puede decidir sobre la solicitud de la Asamblea Nacional de revisión de la constitucionalidad y la legalidad de la solicitud de convocatoria de referéndum; en virtud de los artículos 47.a y 90.c de la Ley de Autonomía Local¹⁷⁵ la Corte Constitucional decide sobre el "recurso de inconstitucionalidad" del órgano del gobierno autónomo local. Según el artículo 50 (3) de la Ley del Consejo Nacional¹⁷⁶ la Corte Constitucional decide sobre las apelaciones contra la resolución del Consejo Nacional sobre la confirmación de los mandatos de los miembros del

¹⁷³ Artículo 160 (1), Constitución; Artículo 21(1) (13), LOCC.

¹⁷⁴ Gaceta Oficial RE, No. 15/94 y enmiendas.

¹⁷⁵ Gaceta Oficial RE, Núm. 72/93 y enmiendas.

¹⁷⁶ Gaceta Oficial RE, Núm. 44/92.

Consejo Nacional. En virtud del artículo 23 de la Ley para la elección de representantes eslovenos al Parlamento Europeo,¹⁷⁷ la Corte Constitucional decide sobre la solicitud contra la resolución de la Asamblea Nacional sobre la confirmación de la elección de un diputado.

11.1 Opiniones discrepantes/concurrentes

Se permiten las opiniones discrepantes/concurrentes de quienes integran la Corte Constitucional. Quien no esté de acuerdo con una resolución o con la argumentación de la misma puede declarar que redactará una opinión por separado, que deberá presentar en el plazo que determina el Reglamento de la Corte Constitucional.¹⁷⁸ Así, quien no esté de acuerdo con una resolución adoptada en una sesión de la Corte Constitucional, como integrante de la misma, puede presentar una opinión por separado, que puede ser una opinión disidente, si no está de acuerdo con los resolutiveos de la decisión mayoritaria, o un voto concurrente, si no está de acuerdo con los motivos que llevaron a resolver de dicha forma.

Un grupo de integrantes de la Corte Constitucional puede presentar una opinión por separado de manera conjunta, asimismo, una integrante puede adherirse a la opinión de otra.¹⁷⁹ Sólo podrá presentar una opinión por separado quien haya declarado, tras la votación de la resolución, que presentará dicha opinión. También es posible adherirse a una opinión aparte sin necesidad de haberlo declarado previamente.¹⁸⁰ El propósito de una opinión por separado es presentar los argumentos que aquella integrante de la Corte Constitucional haya expuesto en la discusión y la determinación de un caso y que hayan guiado su resolución.¹⁸¹

¹⁷⁷ Gaceta Oficial RE, Núm. 98/02 y enmiendas.

¹⁷⁸ Artículo 40 (3), LOCC.

¹⁷⁹ Artículo 71 (1), Reglamento interno.

¹⁸⁰ Artículo 71 (2), Reglamento interno.

¹⁸¹ Artículo 71 (3), Reglamento interno.

Las opiniones por separado deben presentarse en un plazo de siete días a partir del día en que los jueces de la Corte Constitucional reciban el texto de la resolución determinada por la Comisión de Redacción, que será confirmada y firmada el Secretario General.¹⁸² La Corte Constitucional podrá fijar un plazo para la presentación de las opiniones por separado, inferior o superior a siete días, si así lo exige la naturaleza del asunto que se resuelve. Inmediatamente después de la votación final, la Corte Constitucional decide sobre la prórroga o la reducción de dicho plazo por mayoría de votos integrantes de la Corte Constitucional presentes.¹⁸³ Las opiniones por separado se presentan al resto de integrantes de la Corte Constitucional, que pueden comentarlas en un plazo de tres días. Quien haya presentado una opinión por separado podrá responder a estos comentarios en un plazo de tres días.¹⁸⁴ Si una integrante no presenta su opinión por separado en el plazo mencionado en los párrafos primero o segundo, se considera que ha desistido a esa posibilidad.¹⁸⁵

Se envía una opinión por separado junto con la resolución o la orden sobre la que la opinión se formula. Si, de conformidad con una orden de la Corte Constitucional, la resolución o la orden se envían inmediatamente, en la sección en la que se establece la composición de la Corte Constitucional, se indica qué integrantes de la misma han declarado que redactarían una opinión por separado; en estos casos las opiniones se envían una vez transcurridos los plazos mencionados en el artículo anterior.¹⁸⁶ Si una resolución o una orden se publican en la Recopilación de resoluciones y órdenes de la Corte Constitucional, en el sitio web de la Corte Constitucional o en otras bases informáticas de datos, las opiniones por separado se publican junto con la resolución o la orden a la que se refieren.¹⁸⁷

¹⁸² Artículo 72 (1), Reglamento interno.

¹⁸³ Artículo 71 (2), Reglamento interno.

¹⁸⁴ Artículo 72 (3), Reglamento interno.

¹⁸⁵ Artículo 72 (4), Reglamento interno.

¹⁸⁶ Artículo 73 (1), Reglamento interno.

¹⁸⁷ Artículo 73 (2), Reglamento interno.

En el sistema esloveno, las opiniones por separado se dividen en opiniones concurrentes, disidentes, parcialmente concurrentes, parcialmente disidentes y asociadas. Cualquier integrante de la Corte Constitucional podrá adherirse a cualquiera de las formas mencionadas de opiniones por separado, cuando no la haya redactado por ella misma, con lo que expresa su solidaridad con la opinión presentada por su colega. Aunque las opiniones por separado no tienen fuerza ni efectos jurídicos, son importantes como complementos valiosos de la resolución "básica". Dan la oportunidad al público de conocer los argumentos de la minoría, que incluso a veces podrían prevalecer como argumentos de la mayoría en el futuro. Además, la doctrina y la práctica jurídicas tienen la oportunidad de evaluar todos los argumentos que hayan competido en el procedimiento de control constitucional.

11.2 Orden temporal (sentencia de inconstitucionalidad temporal, medidas provisionales)

De acuerdo con el sistema vigente, una orden temporal (sentencia de inconstitucionalidad temporal) puede referirse tanto a un acto general como a uno individual. La Corte Constitucional suspende la implementación de un acto individual y/o normativo impugnado, si la implementación pudiera dar lugar a nuevos daños o violaciones que no puedan repararse una vez que se establezca la inconstitucionalidad del acto impugnado. Podría aplicarse en los procedimientos de un control abstracto un recurso de inconstitucionalidad así como un juicio político.¹⁸⁸ La Corte Constitucional considera que esta tipología de resolución es su derecho discrecional propio. La disposición impugnada sigue formalmente en vigor, pero está prohibido utilizarla. En consecuencia, la orden temporal (sentencia de inconstitucionalidad temporal) (tanto por la situación temporal como por la seguridad jurídica) no puede ser legalmente ejecutada por sí misma, a menos que la propia Corte Constitucional especifique el respectivo modo de implementación (suspensión de la implementación).

¹⁸⁸ Artículo 64 (3), LOCC.

La Corte Constitucional puede adoptar una orden temporal (sentencia de inconstitucionalidad temporal) tanto con una orden especial (si el procedimiento se inicia a petición de un solicitante preferente) como con una orden de carácter general. Si la Corte Constitucional adopta una orden especial sobre una orden temporal (sentencia de inconstitucionalidad temporal), pero el proceso constitucional se suspende posteriormente, la Corte Constitucional, al dictar una orden que suspende el proceso, ordena explícitamente que la propia orden temporal (sentencia de inconstitucionalidad temporal) tampoco está ya en vigor. En caso contrario, se considera que el plazo de la orden temporal (sentencia de inconstitucionalidad temporal) expira según la resolución definitiva de la Corte.

La aceptación o denegación de la propuesta de orden temporal (sentencia de inconstitucionalidad temporal) del solicitante depende de la resolución de la Corte Constitucional. La Corte sopesa si es probable que se produzcan daños no fácilmente reparables, lo que podría justificar la orden temporal (sentencia de inconstitucionalidad temporal). Por otro lado, también puede ponderar los posibles daños y perjuicios tras la adopción de la orden temporal (sentencia de inconstitucionalidad temporal). En consecuencia, la Corte decide no adoptar la orden temporal (sentencia de inconstitucionalidad temporal) si considera que los daños resultantes de la orden temporal podrían superar el riesgo de una interpretación inconstitucional de la disposición legal impugnada en un caso concreto. La Corte Constitucional puede rechazar la petición del solicitante de una orden temporal (sentencia de inconstitucionalidad temporal) con una orden especial, pero puede hacerlo en una orden de inadmisión de una reclamación popular.

La suspensión de la implementación de un acto puede ser total o sólo parcial, siempre que su implementación pueda acarrear consecuencias no fácilmente reparables. Si durante la vigencia de la orden temporal (sentencia de inconstitucionalidad temporal) las consecuencias de la orden respectiva se interpretan de manera diferente, la Corte Constitucional puede, mediante una resolución especial, especificar la manera en que debe implementarse su resolución.

En cuanto al sistema esloveno, una orden temporal (sentencia de inconstitucionalidad temporal) no está limitada en el tiempo. El límite último de su duración se extiende hasta la emisión de la correspondiente sentencia final de la Corte Constitucional (se trata de una inaplicación temporal de la disposición normativa hasta que se haya solucionado formalmente su inconstitucionalidad). Sin embargo, la Corte Constitucional es libre de ordenar el cese de su validez en cualquier momento de su vigencia.

En lo que respecta a la orden temporal (sentencia de inconstitucionalidad temporal) en el sistema esloveno, las resoluciones del tribunal constitucional pueden ser las siguientes:

El control abstracto

Un control abstracto puede dar lugar a la posible suspensión de la implementación de una norma a la espera de una sentencia definitiva.¹⁸⁹

El recurso de inconstitucionalidad,¹⁹⁰

La orden de suspensión de la ejecución de un acto individual que sea objeto de un recurso de inconstitucionalidad puede dictarse mientras se resuelve un recurso de inconstitucionalidad.

Se puede dictar una orden sobre la posible suspensión de la implementación de una norma a la espera de una sentencia definitiva mientras se resuelve un recurso de inconstitucionalidad. La mencionada posibilidad de una orden temporal (sentencia de inconstitucionalidad temporal) es paralela a la orden temporal prevista en el procedimiento de control abstracto.

¹⁸⁹ Artículo 39, LOCC.

¹⁹⁰ Artículo 58, LOCC.

La Corte Constitucional puede decidir una orden temporal (sentencia de inconstitucionalidad temporal) sobre una norma únicamente en una sesión plenaria, no en una sesión a puerta cerrada.

La Corte Constitucional decide sobre la orden temporal (sentencia de inconstitucionalidad temporal) en los procedimientos que examinan un recurso de inconstitucionalidad y/o puede suspender la implementación de un acto individual impugnado sólo si se acepta el recurso de inconstitucionalidad. Si no se cumplen los requisitos procesales y/o si no se acepta el recurso de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional no se pronuncia sobre la petición del solicitante de una orden temporal.

El artículo 39 de la LOCC determina que, hasta que se dicte una sentencia definitiva, la Corte Constitucional puede suspender total o parcialmente la implementación de una ley, otra regulación o norma dictada para el ejercicio del poder público si de su implementación pudieran derivarse consecuencias perjudiciales difíciles de remediar. Si un participante en el procedimiento solicita la suspensión y la Corte Constitucional considera que no se cumplen las condiciones para hacerlo, desestima la petición mediante una orden.

Si la Corte Constitucional suspende la implementación de una legislación o de una norma dictada para el ejercicio del poder público, puede decidir al mismo tiempo la forma de implementación de la resolución.

La orden de la Corte Constitucional se publica en el Boletín Oficial de la República de Eslovenia, al igual que en la gaceta oficial en la que se publicó la legislación o norma respectiva emitida para el ejercicio de la autoridad pública. La suspensión surte efecto al día siguiente de la publicación de la orden en el Boletín Oficial de la República de Eslovenia y, en caso de anuncio público de la orden, el día de su anuncio.

Por otro lado, al tratar un recurso de inconstitucionalidad en virtud del artículo 58 de la LOCC, el panel o la Corte Constitucional pueden sus-

pende la implementación del acto individual impugnado por el recurso de inconstitucionalidad en una sesión a puerta cerrada si de su aplicación pudieran derivarse consecuencias perjudiciales difíciles de remediar, en caso de que se acepte el recurso de inconstitucionalidad.

El artículo 56 del Reglamento de la Corte Constitucional de la República de Eslovenia estipula que la Corte Constitucional examina las propuestas de suspensión temporal de la implementación de leyes, reglamentos y normas dictadas para el ejercicio del poder público de manera que el juez ponente presenta un informe y un proyecto de resolución a los demás jueces de la Corte Constitucional. Si ninguno de los jueces de la Corte Constitucional manifiesta su oposición al proyecto de resolución en el plazo de ocho días o en el plazo que determine una orden de la Corte Constitucional, dicha resolución queda adoptada. Si algún juez de la Corte Constitucional manifiesta su oposición al proyecto de resolución dentro del plazo mencionado en el párrafo anterior, la decisión sobre el proyecto de resolución se incluye en el orden del día de la siguiente sesión.

La orden temporal (sentencia de inconstitucionalidad temporal) se publicará en la Gaceta Oficial y/o en otro boletín oficial que corresponda.¹⁹¹

11.3 Resoluciones interpretativas (estimadas)¹⁹²

¿Puede la Corte Constitucional declarar la constitucionalidad de una norma sólo con la interpretación exacta que le da? ¿Puede esta interpretación desviarse de la de "ley viva"? De ser así, ¿qué uso se da a esta vía? Para ello, se han desarrollado las llamadas resoluciones interpretativas como una nueva técnica elaborada por la propia Corte Constitucional eslovena.

¹⁹¹ Artículo 69 (4), Reglamento interno.

¹⁹² Como se ha mencionado, este concepto es equivalente a la interpretación conforme y sus alcances.

De manera adicional a su tradicionalmente reconocida competencia como "legislador negativo", la Corte Constitucional, a través de la adopción de las llamadas "nuevas técnicas", principalmente por las resoluciones interpretativas (estimadas), ha alcanzado una posición especial en el proceso de legislar e interpretar las normas. Hay que tener en cuenta que ni la Constitución eslovena ni ninguna disposición legal le dan expresamente al Tribunal la competencia para llegar a tales resoluciones. La Corte utilizó esta técnica como una resolución *intermedia* justificando su competencia para hacerlo con el argumento *a maiori*: La Corte, al tener la competencia explícita para anular la disposición impugnada o anularla parcialmente, es por tanto lógicamente competente para interpretarla o anular significados específicos de ella. La resolución de adoptar nuevas técnicas sin tener un mandato legal explícito para hacerlo fue criticada por una parte de la antigua doctrina jurídica, pero la Corte no sólo utilizó la interpretación en muchos casos después, sino que también desarrolló otras técnicas nuevas.

La Corte Constitucional eslovena adoptó la técnica interpretativa (estimada) en 1993. Aunque no es un fundamento legal explícito para este propósito, este tipo de resolución fue introducido en la jurisprudencia de revisión judicial por la Corte Constitucional Federal alemana en 1955 y, al adoptarlo por primera vez, la Corte eslovena se refirió también al argumento comparativo. Es interesante mencionar que la LOCC de la República Socialista de Eslovenia de 1963¹⁹³ contenía una disposición detallada que permitía a la Corte Constitucional emitir resoluciones interpretativas (estimadas).¹⁹⁴ La disposición respectiva se estructuró de acuerdo con las principales características de las resoluciones interpretativas (estimadas) desarrolladas por la jurisprudencia alemana. La Corte de la época utilizó esta posibilidad en algunas ocasiones, pero fue criti-

¹⁹³ Gaceta Oficial RSE, No. 39/63.

¹⁹⁴ Artículo 29, LOCC de 1963. Si la Corte Constitucional en el curso del procedimiento de revisión constitucional declara que la ley u otra legislación no es discordante con la Constitución o con la ley de la República, pero a través de su implementación se le ha dado tal discordancia, la Corte podrá determinar el sentido de dicha legislación que sea conforme con la Constitución y la ley.

cada enérgicamente por la teoría de entonces. Los resultados de esta técnica se compararon con la interpretación auténtica de la ley: la operación constitucionalmente reservada exclusivamente al legislador. En la Constitución de 1974 se omitieron las disposiciones pertinentes y hasta 1993 no se emitió ninguna resolución interpretativa (estimada).

La característica principal de las resoluciones interpretativas (estimadas) es que tienden a mantener vigente un modo de interpretación y a eliminar del ordenamiento jurídico otro modo posible de interpretación de la disposición impugnada establecido a través de la jurisprudencia formada por los tribunales ordinarios, por ser inconstitucional. Por ello, la teoría jurídica percibe este tipo de juicios como el utilizado para evitar posibles conflictos con el legislador, mientras que por otro lado es propenso a provocar conflictos con el poder judicial. El único alcance de este tipo de resoluciones es, de hecho, que la Corte Constitucional *in abstracto* y *pro futuro* en la parte operativa de su resolución realiza una interpretación de la norma, lo que normalmente correspondería a los tribunales ordinarios al aplicar la disposición legal impugnada de caso en caso. La Corte Constitucional eslovena ha utilizado esta técnica con bastante frecuencia y los tribunales ordinarios no han tenido hasta ahora ninguna dificultad para adaptar su interpretación a la realizada por la Corte Constitucional.

Como ya se ha mencionado, las primeras resoluciones interpretativas (estimadas) fueron adoptadas por la nueva Corte Constitucional en 1993. Estas resoluciones¹⁹⁵ son necesarias y significativas cuando una norma impugnada se entiende en la práctica de varias maneras, de las cuales algunas son constitucionalmente admisibles y otras no. En estos casos, la anulación de la norma no es una solución adecuada, pues afectaría también a quienes la aplicaron de conformidad con la Constitución, por

¹⁹⁵ Por ejemplo, las resoluciones n° U-I-125/92 de 4 de marzo de 1993, publicadas en la Gac. Ofi. RE, Núm. 13/93, DecCC II, 23; Núm. U-I-108/91, de 13 de julio de 1993, publicadas Gac. Ofi. RE, Núm. 28/91, 52/92 y 42/93, DecCC II, 67.

lo que es necesario llegar a una resolución interpretativa (estimada). La interpretación, en particular, es la técnica de resolución en la que la Corte Constitucional puede acercarse más al campo reservado al legislador. El asunto se refiere a una técnica mediante la cual la Corte, en una disposición afirmativa, describe el contenido correcto de una determinada legislación. Sin embargo, hay que tener en cuenta lo siguiente: el espacio que se le dará al Parlamento para subsanar la inconstitucionalidad establecida y el que tendrá que tomar la Corte Constitucional puede en casos marginales depender parcialmente del hecho de cuán activo es el Parlamento en general.¹⁹⁶ Mediante una resolución interpretativa (estimada), la Corte Constitucional preserva en el ordenamiento jurídico la norma impugnada en su alcance o significado no objetado o conforme a la Constitución. Al mismo tiempo, excluye del ordenamiento jurídico la aplicación de la norma impugnada que no se ajusta a la Constitución de forma indirecta.¹⁹⁷

Al igual que otras resoluciones dictadas por la Corte Constitucional, las resoluciones interpretativas (estimadas) también son jurídicamente vinculantes¹⁹⁸ y tienen efecto *erga omnes* en los casos de control abstracto

¹⁹⁶ Testen, Franc, *Tehnike odločanja Ustavnega sodišča v abstraktni presoji (Técnicas de la Corte Constitucional para la resolución de asuntos en control abstracto)*, Pravna praksa, Vol. 1/99, p. 6.

¹⁹⁷ Por medio del deber general de todos los órganos de gobierno de acatar las resoluciones de la Corte Constitucional; resoluciones Núm. U-85/94 con fecha de 20 de mayo de 1994, publicadas en la Gac. Ofi. RE, Núm. 29/94, DecCC III, 57; resolución Núm. U-I-94/94 con fecha de 23 de mayo de 1995, publicada en la Gac. Ofi. RE, Núm. 30/94, DecCC III, 59; compare también resolución Núm. U-I-42/96 con fecha de 9 de octubre de 1997, publicada en la Gac. Ofi. RE, Núm. 68/97, DecCC VI, 123; resolución Núm. U-I-57/97 con fecha de 16 de julio de 1998, publicada en la Gac. Ofi. RE, Núm. 62/98, DecCC VII, 148.

Para ilustrar la redacción de una de esas resoluciones interpretativas (estimadas), ponemos el siguiente ejemplo: "La Ley de Referéndum e Iniciativa Popular (Gac. Ofi. RE, Núm. 15/94) no es incompatible con la Constitución si se interpreta de manera que: - los referendos sobre todas las cuestiones que han de someterse, contenidas en todas las peticiones o solicitudes de convocatoria de referéndum relativas a cuestiones reguladas por la misma ley, han de llevarse a cabo al mismo tiempo, si se presentaron hasta la adopción del acto sobre la convocatoria del referéndum legal; y la Asamblea Nacional, en caso de que la resolución se alcance en dos o más referendos, está obligada por el resultado de aquel referéndum que haya obtenido el mayor porcentaje de votos "a favor" en el número total de los votantes que votaron en un solo referéndum (resolución Núm. U-I-201/96 con fecha de 14 de junio de 1996, publicado en la Gaceta Oficial RE, Núm. 34/96, DecCC V, 99).

¹⁹⁸ Artículo 1 (3) de la LOCC.

o *inter partes* en los casos de recurso de inconstitucionalidad (sin embargo, también son posibles los efectos *erga omnes* en virtud del artículo 59 de la LOCC).

Aunque la Corte Constitucional eslovena desempeña principalmente la función tradicional de "parlamento negativo", el control constitucional es más fuerte, precisamente, en el ámbito de los derechos fundamentales. Incluso en otros ámbitos (la concreción de los principios constitucionales organizativos y económicos del Estado) en los que, en principio, el Parlamento tiene el papel principal, la Corte Constitucional asegura la protección de los derechos fundamentales. En el ámbito de la protección de los derechos, la Corte Constitucional tiene también la función de sustituto del "autor de la Constitución" (una "función positiva"), lo que significa que en casos concretos la Corte Constitucional complementa de hecho determinadas disposiciones constitucionales.

11.4 Resoluciones supervisadas (provisionales) (apelación o exhortación al legislador)

Otra característica específica del sistema esloveno es el uso de la llamada resolución supervisada emitida por la Corte Constitucional, y de las directrices relacionadas con el contenido. La LOCC prevé la posibilidad de que la Corte Constitucional evalúe si el Parlamento ha omitido una legislación necesaria derivada de la Constitución. Si la Corte Constitucional determina que una ley, una legislación o un acto con efectos normativos para el ejercicio de las competencias públicas es inconstitucional o ilegal porque una materia que debería legislar no está legislada o está legislada de manera que no puede ser derogada ni retroactiva ni prospectivamente, se adopta una resolución declarativa (sentencia de seguimiento provisional). El Parlamento o el órgano que emitió dicha norma inconstitucional o ilegal debe abolir la inconstitucionalidad o ilegalidad constatada en un plazo fijado por la Corte Constitucional (artículo 48 de la LOCC).

De este modo, la LOCC ofrece otras nuevas posibilidades (técnicas, modos) de que la Corte Constitucional elabore resoluciones, entre las

que la Corte Constitucional puede elegir a la hora de buscar una forma adecuada para su resolución. Así, por ejemplo, las resoluciones interpretativas (estimados) son necesarias y razonables siempre que en la práctica una disposición controvertida se entienda y aplique de varias maneras, de las cuales algunas son constitucionalmente aceptables y otras no. En tal caso, la derogación de la disposición no sería razonable porque también afectaría a quienes ya han aplicado la disposición de conformidad con la Constitución; en consecuencia, es necesario utilizar la resolución interpretativa (estimada), a través de la cual la Corte Constitucional mantiene la disposición impugnada en el ordenamiento jurídico en su extensión indiscutida o en su significado acorde a la Constitución, al mismo tiempo que elimina indirectamente del ordenamiento jurídico el uso de la disposición impugnada si es incompatible con la Constitución (a través del deber de todos los órganos de gobierno de acatar cualquier resolución emitida por la Corte Constitucional).¹⁹⁹

¹⁹⁹ Una forma indirecta de dicha competencia de la Corte Constitucional fue reconocida por la Constitución de 1974 en los artículos 410 y 417. Sin embargo, en relación con el Parlamento, el sistema anterior no permitía la derogación de leyes ni formas más severas de relación entre la Corte Constitucional y el Parlamento. En virtud del artículo 410 de la Constitución de 1974, la Corte Constitucional tenía, sin embargo, una "función preventiva" de integración de los procesos de coordinación en curso, complementando el desarrollo ulterior del ordenamiento jurídico (junto con la consideración del principio de autocontrol de la Corte Constitucional), de ahí el derecho y la obligación de perseguir los fenómenos importantes para la implementación de la constitucionalidad y la legalidad, así como de informar al Parlamento de la situación y los problemas en el ámbito respectivo y de proporcionarle los dictámenes y las propuestas de expedición, modificación o enmienda de las leyes, así como otras medidas que otorguen constitucionalidad y legalidad. Se refería a los fenómenos a los que se enfrentó la Corte Constitucional en los casos en los que ya había adoptado una resolución específica, pero con ello descubrió que en la práctica la interpretación de la Constitución, la legislación existente o la implementación de la Constitución o la ley pueden implicar algunas ambigüedades o lagunas para las que la ley u otras medidas legales deben ser modificadas o enmendadas o sustituidas por una medida adecuada. En virtud del artículo 417 de la Constitución de 1974, esto se aplicaba también a los casos en los que la Corte Constitucional descubría que el órgano competente no había dictado una norma para la implementación de las disposiciones de la Constitución, la ley u otra norma, aunque estuviera obligado a hacerlo.

Los elementos supervisados y los interpretativos (estimados) pueden ser el contenido de una misma resolución de la Corte Constitucional. Por ejemplo: la Corte Constitucional consideró que el arreglo según el cual todos los terrenos edificables no construidos para los que existan planes de ordenación del territorio válidos o en los que no se haya efectuado una compra por parte del fondo de terrenos edificables o una transferencia al mismo, se considerarán terrenos agrícolas y bosques en virtud del artículo 74 de la Ley de Cooperativas, del artículo 5 de la Ley de Privatización de Empresas y del artículo 14 de la Ley del Fondo de Tierras Agrícolas y Bosques de la República de Eslovenia, es inconstitucional. Con ello, el Estado también transfiere a su propiedad o a la de los municipios

Independientemente de lo anterior, la Corte Constitucional en su relación con el Parlamento suele seguir el principio de autolimitación: la interpretación de la disposición no excede sus límites, es decir, no hay una enmienda o modificación directa de la disposición por parte de la Corte Constitucional.²⁰⁰

El "intérprete oficial" de la Constitución es el redactor de ésta; es decir, la Corte Constitucional no es competente para revisar las normas de carácter constitucional, sino para interpretar la Constitución en el procedimiento para decidir sobre los casos de su competencia.²⁰¹

los terrenos edificables no construidos dentro de regiones ordenadas con asentamientos y dentro de regiones individuales funcionalmente redondeadas de asentamientos, que se regularán por las condiciones de planificación regional en virtud de la Ley de Ordenación de Asentamientos y Otras Intervenciones Territoriales. No existe ninguna diferencia en relación con la situación jurídica o con la transferencia de vuelta a tierras agrícolas, entre estas tierras y aquéllas ordenadas por los planes de implementación territorial. Al eliminar el conflicto encontrado con la Constitución, el legislador debe juzgar si los terrenos edificables no construidos fuera de las regiones de asentamientos ordenados, para los que existen condiciones válidas de planificación regional, deben considerarse, además, terrenos edificables y en qué medida. (El elemento supervisado de la resolución). La disposición del artículo 17 (1) de la Ley sobre el Fondo de Tierras Agrícolas y Bosques de la República de Eslovenia sólo puede interpretarse de conformidad con la Constitución, de manera que en el marco de la legislación del uso y de la explotación de las tierras agrícolas y los bosques, se garantiza a las personas jurídicas afectadas el establecimiento de relaciones contractuales de arrendamiento o de otro tipo o el otorgamiento de una concesión, y se les garantizan así las condiciones para seguir existiendo o para continuar ejerciendo sus actividades (elemento interpretativo [estimado] de la misma resolución). (Resolución n° U-I-78/93 del 18 de octubre de 1995, Gaceta Oficial RE, n° 18/93).

²⁰⁰ Problemas de omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional, Cuestionario - Corte Constitucional de la República de Eslovenia, Informe Nacional, (XIV Congreso de la Conferencia de Cortes Constitucionales Europeas), Vilnius, 2-7 de junio de 2008 (http://www.lrkt.lt/Conferencia_R.ht).

²⁰¹ La Corte Constitucional no es competente para revisar la Constitución o la legislación de carácter constitucional o las disposiciones legales que sólo suponen la concreción de una norma de carácter constitucional (Orden n° U-I-32/93, de 13/7-1993, OdlUS II, 68). El sistema de depósitos en moneda extranjera que el Banco Nacional de Yugoslavia había garantizado implicaba la legislación de una de las cuestiones de la transición al nuevo sistema constitucional, que también debía formar parte del contenido de un acuerdo sobre la sucesión legal y la asunción de obligaciones y reclamaciones de la antigua RFSY y de las personas jurídicas en su territorio. Por lo tanto, según la valoración de la Corte Constitucional, estas normas tienen el carácter de normas de derecho constitucional, para cuya revisión la Corte Constitucional no es competente (Orden n° U-I-332/94, de 11/4-1996, OdlUS V, 42; véase también la Orden n° U-I-184/96, de 20/6-1996, OdlUS V, 104; Orden n° U-I-384/96, de 3/4-1997, OdlUS VI, 48).

La Corte Constitucional no debe interpretar la Constitución en un procedimiento especial, sino que interpreta las disposiciones constitucionales cuando es necesario hacerlo en el marco de la decisión de los casos que le competen según la Constitución y la ley (Orden n° U-I-251/97, de 29/10-1997, OdlUS VI, 139).

L. Referencias

Constitutional Court of Slovenia, *English website*: <https://www.us-rs.si/?lang=en>.

Mavčič, Arne, 50th anniversary of the Slovenian constitutional review = Slovenya'da anayasallik denetiminin 50. yili. V: ÇOBAN, Ali Riza (ur.). *Haşim Kiliç'a armağan: essays in honor of Haşim Kiliç*. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayinlari, 2015.

_____, Consideration of the constitutional court judgments, with a special reference to the slovenian experience. *Indian socio-legal journal: an international journal on legal philosophy, law and society*, 2014.

_____ (ed.), *Constitutional review systems around the world*, Lake Mary, Vandeplas, 2018.

_____, *Importance of the dissenting and concurring opinions (separate opinions) in the development of the constitutional and judicial review with a special reference to the Slovenian practice: report*. Strasbourg: European commission for democracy through law (Venice Commission); [Batumi]: Constitutional court of Georgia; [Eschborn]: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2010.

_____, Judgment drafting and reasoning - the slovenian experience: report. V: *Council of Europe. Venice Commission*. Strasbourg: Council of Europe. [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU\(2014\)016-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(2014)016-e).

_____, *Justicia constitucional en Eslovenia*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011.

_____, *Konstitucionnyj kontrol v Respublike Slovenija*. Evropejskie pravovye kul'tury, 2002, 1, No. 1, pp. 441-463. [COBISS.SI-ID 197887].

_____, *Slovenian constitutional review: its position in the world and its role in the transition to a new democratic system*, Ljubljana, Nova revija, 1995. p. 235, [18] p. appendix. ISBN 961-6017-25-X. [COBISS.SI-ID 55585280].

_____, *The Constitutional Law of Slovenia (International Encyclopaedia of Laws)*, The Hague, London, Boston, 1998.

_____, *The Republic of Slovenia*. V: KORTMANN, C. A. J. M. (ur.), FLEUREN, J. W. A. (ur.), VOERMANS, Wim (ed.), KINDLOVÁ, Miluše. Constitutional law of 10 EU member states: the 2004 enlargement. Deventer: Kluwer, 2006, p. X/1-X/60. [COBISS.SI-ID 300287].

_____, *The Slovenian Constitutional Court and its activities during the period of transition*. Revue de justice constitutionnelle Est-Européenne, 2001, 2, pp. 229-251. [COBISS.SI-ID 155391].

_____, *The Slovenian constitutional review: an exception among systems and experiences in the new democracies*. Journal Constitutional Law Eastern Central Europe, vol. 4, No. 2, 1997, pp. 169-214. [COBISS.SI-ID 74751].

_____, *The specialities of Slovenian constitutional review as compared with the current systems of such review in the new democracies*. V: DE VERGOTTINI, Giuseppe (ur.). Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei paesi dell'Europa centro-orientale, (CISR, 21). Torino: G. Giappichelli, cop. 2001, pp. 161-188. [COBISS.SI-ID 97791].

_____, Verfahrensarten, *Entscheidungswirkungen und die einstweilige Anordnung in der slowenischen Verfassungsgerichtsbarkeit*. V: FROWEIN, Jochen Abr. (ur.), MARAUHN, Thilo (ur.). Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 130). Berlin [etc.]: Springer, cop. 1998, pp. 427-440. [COBISS.SI-ID 74495].

_____, *website*, disponible en: <http://www.concourts.net>.

_____, Letnar Černič, Jernej, Zagoričnik Marinič, Petra y Bohinc, Erazem, *Constitutional law in Slovenia*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, cop. 2012.

25. Las sentencias constitucionales del Tribunal Constitucional de España

Francisco Javier Díaz Revorio*

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo), España. Ha sido vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y Director del Departamento de Ciencia Jurídica y Derecho Público.

SUMARIO: A. El Tribunal Constitucional Español: antecedentes, configuración y organización. B. Competencias: Los procesos constitucionales en España. C. Los efectos de la sentencia constitucional. I. Consideraciones generales. II. El efecto de cosa juzgada. III. Vinculación y efectos generales. D. La tipología de las sentencias en los procedimientos de inconstitucionalidad. I. Regulación legal. II. La práctica del Tribunal Constitucional. E. Bibliografía.

A. El Tribunal Constitucional Español: antecedentes, configuración y organización

La Constitución española (en adelante, CE) de 1978 regula en su título IX los aspectos básicos del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), que son desarrollados por la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), que ha sido objeto de varias reformas. Esta institución tiene un solo antecedente en la historia constitucional española, que fue el Tribunal de Garantías Constitucionales, previsto en la Constitución de 1931 y desarrollado por ley de 14 de junio de 1933.¹ Este Tribunal, a pesar de ser el tercer tribunal constitucional del mundo después de Checoslovaquia y Austria, ya se separaba en algunos aspectos del modelo originario austríaco.

¹ Sobre este Tribunal probablemente el estudio más completo sigue siendo el de Bassols Coma, Martín, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República. La primera experiencia de justicia constitucional en España*, Madrid, BOE, 2010.

Desde luego, el Constituyente de 1978 tuvo presente ese antecedente propiamente español, pero también influyeron en su diseño la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Con todo, en no pocos aspectos la regulación de la norma fundamental y de la LOTC, así como su desarrollo y aplicación posterior han resultado originales, separándose en determinadas cuestiones de todos estos antecedentes.

Comenzando por su composición y organización, hay que señalar que, según dispone el artículo 159 de la CE, el TC se compone de 12 miembros, nombrados por el rey: cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Desde luego, y teniendo en cuenta que España es una monarquía parlamentaria y que todos los actos del rey requieren refrendo, la responsabilidad (y la decisión) sobre estos nombramientos recae íntegramente en el órgano que formalmente propone, siendo el nombramiento por el jefe del Estado un acto obligado.

El apartado 2 del artículo 159 dispone que estos miembros "deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional", el siguiente apartado determina que su mandato será de 9 años y se renovarán por terceras partes cada tres años.

Este origen y composición de los magistrados buscaba, por un lado, establecer períodos de mandato y de renovación diferentes a los de las cámaras parlamentarias, que como se ha visto van a elegir dos tercios de los magistrados, así como del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial. Y, por otro lado, evitar que los magistrados pudieran ser elegidos por el único o los pocos grupos que conformen en un momento dado la mayoría de Gobierno, exigiendo para ello esa mayoría cualificada de tres quintos, que requiere un alto nivel de consenso, y que habitualmente ha

supuesto el acuerdo de, al menos, el grupo mayoritario de apoyo al Gobierno y el principal grupo parlamentario de oposición. Por su parte, la legislación de desarrollo (actualmente, artículo 599.1.1ª, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) dispone que la propuesta de dos magistrados por el Consejo General del Poder Judicial también requiere mayoría de tres quintos.

Sin embargo, en la práctica se han presentado dificultades para el adecuado cumplimiento de la letra y del espíritu de las previsiones constitucionales, fundamentalmente porque los acuerdos entre los partidos mayoritarios no se han producido con facilidad, ni han implicado un verdadero consenso sobre cada uno de los candidatos. Respecto a lo primero, ello ha provocado que, con demasiada frecuencia, se hayan producido retrasos muy notorios, a veces incluso de años, en la renovación parcial del Tribunal, sobre todo en los tercios que corresponde proponer al Congreso y al Senado. Estos retrasos son perniciosos desde muchos puntos de vista y pueden alterar el funcionamiento del propio Tribunal, así como el ritmo de las renovaciones, lo que podría llegar, en el caso de que ese retraso alcance los tres años, a que dos renovaciones se produjeran conjuntamente, alterando para el futuro los plazos de renovación. Para evitar esa situación, la Ley Orgánica 8/2010, de 4 de noviembre reformó el artículo 16.5. LOTC, en el que dispuso que "si hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación", con lo cual los eventuales retrasos no afectan al calendario de las futuras renovaciones. Con todo, esto puede provocar que no se cumpla en algunos casos el mandato constitucional de nueve años, aunque ello será debido al previo incumplimiento por los órganos proponentes, del mandato de llevar a cabo las renovaciones cada tres años.²

² Sobre este aspecto, que ha sido objeto de debates y propuestas periódicas, puede verse, por ejemplo, VVAA., "Encuesta sobre la renovación del Tribunal Constitucional", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2010, pp. 13-90.

Por otro lado, la exigencia de mayoría cualificada estaba orientada al logro de un consenso elevado sobre cada uno de los magistrados, pero no pocas ocasiones los partidos políticos han logrado el acuerdo más bien por la vía de establecer un "reparto" previo de los candidatos, lo que ha acentuado la tendencia de proponer cada uno a juristas considerados "próximos", y con ello cierta ubicación de los magistrados en supuestos grupos de tendencia "conservadora" o "progresista". Aunque estas etiquetas son en muchas ocasiones injustas, lo cierto es que la forma que han tenido los órganos proponentes de manejar las propuestas de magistrados han generado con frecuencia una imagen poco deseable, que unida a los retrasos notorios en esos nombramientos, y a las dilaciones no menos significativas del propio Tribunal en la resolución de algunos de los casos más trascendentales, constituyen a mi juicio algunos de los problemas más acusados del supremo intérprete constitucional.

Otra reforma importante en lo relativo a la designación de los magistrados atañe a la propuesta de magistrados por el Senado, que tras la reforma de la LOTC por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, debe realizarse necesariamente entre los previamente presentados por las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. Esta reforma, que fue impugnada y declarada conforme a la Constitución por el propio TC en STC 49/2008, de 9 de abril, pretendía dar entrada al factor territorial regional en la composición del Tribunal Constitucional, al introducir así una forma de participación autonómica en la designación de algunos magistrados. Pero en la práctica esta novedad tampoco ha tenido demasiada relevancia, ya que habitualmente los candidatos han sido acordados previamente por los partidos políticos mayoritarios, limitándose parte de los parlamentos autonómicos a proponer a alguno de los candidatos anteriormente seleccionados.

Para cerrar este breve apunte sobre su composición y funcionamiento, hay que mencionar que la LOTC dispone que el Tribunal se dividirá en dos salas de seis magistrados, y en cuatro secciones de tres magistrados cada una (artículos 6 y 7), entre las cuales, junto con el Pleno de doce magistrados, se reparte la tramitación y el conocimiento de los asuntos.

Las reformas producidas, y en especial la que llevó a cabo la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, han tendido a dar más peso a las Salas y a las secciones en la tramitación de los asuntos, e incluso en su resolución, de manera que las secciones pueden llegar a resolver recursos de amparo. Todo ello en el contexto de una reforma más amplia del amparo, tendente a descongestionar al Tribunal Constitucional, habitualmente saturado de asuntos que pocas veces logra resolver en plazos breves.³

B. Competencias: los procesos constitucionales en España

En lo relativo a las competencias del Tribunal Constitucional, la Constitución reconoce la mayoría en sus artículos 161 y 163. Pero dado que el artículo 161.1 d) le impone el conocimiento "de las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas", ello ha permitido que la LOTC, en alguna de sus reformas, haya añadido algún proceso constitucional no expresamente previsto.

Actualmente, y teniendo en cuenta la regulación constitucional y legal, podemos señalar que los procesos cuyo conocimiento se encomienda al Tribunal Constitucional son los siguientes, agrupados en los tres bloques que se señalan:⁴

1) Procesos de control de constitucionalidad:

a) Recurso de inconstitucionalidad (artículos 161.1.a) y 162.1.a) de la CE, artículos 31 y ss. LOTC), que permite la impugnación directa de normas

³ Me he referido a los aspectos más relevantes de esta reforma en Díaz Revorio, Francisco Javier, "Tribunal constitucional y procesos constitucionales en España: algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007", en *Estudios Constitucionales*, año 7, número 2, 2009, pp. 81-108.

⁴ Sin que sea posible dar una referencia bibliográfica exhaustiva sobre la bibliografía que aborda los procesos constitucionales en España, cabe citar como muestra algún trabajo de gran relevancia: Montoro Puerto, Manuel, *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Madrid, Colex, II vols., 1991; Pérez Tremps, Pablo, *Los procesos constitucionales. La experiencia española*, Lima, Palestra, 2006; Sospedra Navas, Francisco José, *Justicia Constitucional y procesos constitucionales*, Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2011; Caamaño Domínguez, Francisco *et al.*, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2a. ed., Madrid, McGraw Hill, 2000.

con valor de ley (estatutos de autonomía y restantes leyes orgánicas, leyes ordinarias, decretos legislativos, decretos-leyes, tratados internacionales, reglamentos parlamentarios, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas). Este objeto es coincidente con el de la cuestión de inconstitucionalidad, y también lo es el parámetro de la constitucionalidad, configurado no sólo por la Constitución en sentido estricto, sino también por las leyes "que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas", lo que incluye los estatutos de autonomía, la legislación básica del Estado, o las leyes marco, de transferencia o delegación y de armonización previstas en el artículo 150 de la CE. A diferencia de lo que sucede en otros sistemas, ni la Constitución, ni la LOTC, ni la jurisprudencia han reconocido expresamente en los tratados internacionales de derechos humanos un valor de parámetro de la constitucionalidad en sentido estricto, sino que más bien se les reconoce un valor interpretativo del propio articulado de la Constitución, derivado del artículo 10.2 de esta norma fundamental.

Para la interposición de este recurso existe una legitimación constitucionalmente ceñida al presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, sus asambleas legislativas (artículo 162.1.a) de la CE). El plazo para interponer el recurso es, con carácter general, de tres meses, aunque puede ampliarse a nueve si se trata de un recurso presentado por el Gobierno estatal frente a una norma autonómica o por el Gobierno autonómico frente a una norma estatal, y se han entablado negociaciones entre ambos gobiernos (artículo 33). Admitida la demanda, se da traslado de la misma "al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia y, en caso de que el objeto del recurso fuera una Ley o disposición con fuerza de Ley dictada por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma", para que puedan personarse en el proceso. El proceso culmina

con sentencia, que debería dictarse en los plazos previstos en el artículo 34.2 de la LOTC, que sin embargo no suelen cumplirse. A sus efectos me referiré más adelante.

b) Cuestión de inconstitucionalidad (artículo 163 CE, artículos 35 y ss. de la LOTC). Se trata de una vía indirecta o incidental para plantear la constitucionalidad aplicable sólo a las mismas normas con valor de ley antes mencionadas. La cuestión puede plantearse cuando cualquier órgano jurisdiccional en un proceso ordinario (*a quo*) considere que "una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución". En tal caso, el órgano judicial planteará la cuestión al TC (proceso *ad quem*), quien, tras un examen previo de la relevancia de la norma (es decir, tras comprobar que en efecto es aplicable al caso y de su validez depende el fallo), y de los demás requisitos procesales, admitirá la cuestión, momento a partir del cual se desarrolla un proceso muy similar en todo el recurso de inconstitucionalidad, aunque con la salvedad de que también podrán personarse quienes fueron parte en el proceso ordinario. El proceso concluirá con una sentencia con idénticos efectos que la del recurso (artículo 37 de la LOTC).

Hay que decir que la LOTC prevé también que sea el propio TC el que, resolviendo un recurso de amparo, se plantee a sí mismo la llamada "autocuestión de inconstitucionalidad" al entender que la vulneración de un derecho tiene causa en una norma con rango de ley. Se da inicio así a un proceso *ad quem* que culminaría con una sentencia con efectos generales sobre la propia ley, en caso de que finalmente se declare inconstitucional (artículo 55.2 de la LOTC). Muy similar es el caso de la estimación de una demanda en un proceso de conflicto en defensa de la autonomía local, que vendrá acompañada de un autoplanteamiento de la cuestión sobre la ley respecto a la que el propio Tribunal ha entendido que invade competencias locales (artículo 75 quinquies, 6 de la LOTC).

c) Control previo: tratados internacionales y estatutos de autonomía. La única forma de control previo que la Constitución prevé como com-

petencia necesaria del Tribunal Constitucional es el control sobre los tratados internacionales, que se puede llevar a cabo a instancias del Gobierno o de cualquiera de las cámaras parlamentarias del Estado (artículo 95 de la CE, desarrollado en el Título VI, artículo 78 de la LOTC). La LOTC previó inicialmente que dicho control previo se aplicase también a todas las leyes orgánicas. Más tarde se suprimió el control previo para leyes orgánicas, ya que se comprobó que su utilización excesiva, unida a la tardanza ya apreciable en la resolución de los asuntos por parte del TC, podía desembocar en un bloqueo de una parte importante de la acción legislativa. Pero alguna experiencia posterior, como la del Estatuto de Cataluña de 2006, que fue sometido a control *a posteriori* una vez aprobado y ratificado en referéndum, llevó a considerar preferible la incorporación de los Estatutos de autonomía, pero no de las demás leyes orgánicas (además de los tratados, que como he dicho están constitucionalmente incorporados a esta vía) al procedimiento del control previo (Título VI bis de la LOTC, artículos 79 y ss., en su redacción dada por Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre). Desde luego, la posibilidad de someter estas normas a control previo no excluye su control *a posteriori*, por las vías ya apuntadas del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad.

d) Control de disposiciones autonómicas. El artículo 161.2 de la CE prevé: "El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses". Este tipo de impugnaciones admitía diversas posibilidades de desarrollo. La LOTC, que aparentemente optó por reconducir todas las impugnaciones de las normas con valor de ley a las vías específicas del recurso y cuestión de inconstitucionalidad, lo que fue prontamente confirmado por la jurisprudencia constitucional (aunque más tarde también el conflicto en defensa de la autonomía local permitiría la impugnación de normas de este rango), optó por que siempre que el Gobierno estatal impugnase

leyes autonómicas pudiera invocar ese artículo en el mismo marco del proceso del recurso de inconstitucionalidad (artículo 30 de la LOTC), y siempre que impugnase normas infralegales por motivos de invasión competencial pudiera hacer lo propio en el seno del correspondiente conflicto de competencias (artículos 62 y 64.2 de la LOTC), produciendo automáticamente el efecto suspensivo previsto en el artículo 161.2 de la CE, hasta su levantamiento o ratificación en el plazo de cinco meses. Por tanto, quedarían sólo, al margen de esos dos procesos, las posibles impugnaciones por el Gobierno de normas infralegales autonómicas, por motivos de inconstitucionalidad distintos al de la invasión competencial. Tales situaciones tienen cabida en el procedimiento creado en el Título V de la LOTC (artículos 76-77), que es, por tanto, un proceso de control de constitucionalidad, que conlleva igualmente esa suspensión temporal de las disposiciones impugnadas.⁵

2) Conflictos: son procesos que tienen como objeto determinar a quién pertenece una competencia, o si un acto, disposición o norma de un órgano o poder, ha invadido las competencias reservadas a otro. Actualmente son de tres tipos:

a) Conflicto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas o entre éstas (artículo 161.1.c de la CE, y artículos 70 y ss. de la LOTC). Pueden ser suscitados por los correspondientes gobiernos del Estado o autonómico, aunque sólo pueden tener efectos suspensivos sobre la norma, acto o disposición, según lo ya dicho, si impugna el Estado e invoca el artículo 161.2 de la CE. Pueden ser positivos, cuando ambos gobiernos se disputan una misma competencia, y negativos, cuando ninguno de ellos afirma ser competente en una materia determinada. Estos últimos pueden ser instados también por personas físicas

⁵ La doctrina se ha dedicado poco a este procedimiento del Título V de la LOTC. Una excepción notoria y reciente es Vidal Marín, Tomás, *La impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas prevista en el artículo 161.2 de la Constitución*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.

o jurídicas interesadas (artículos 60 y 68 de la LOTC). Pueden impugnarse todo tipo de actos, disposiciones y resoluciones, o la omisión de ellos, pero como se ha indicado, si se trata de normas con rango de ley no es posible iniciar esta vía, ya que sólo pueden impugnarse a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad.

b) Conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales. Se trata de una competencia del TC no prevista en la CE, pero sí en la LOTC, concretamente en sus artículos 73 y ss. De todos modos, de entre todos los órganos constitucionales, los únicos que pueden ser parte activa o pasiva en este proceso son el Gobierno, el Congreso, el Senado y el Consejo General del Poder Judicial. Su utilización ha sido menos frecuente.

c) Conflicto en defensa de la autonomía local. Esta competencia tampoco estaba prevista en la CE, ni tampoco en la LOTC en su redacción inicial, ya que fue incorporada en la reforma operada por Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, que añadió los artículos 75 bis a 75 quinquies, precisamente para dar cobertura a una situación anómala, ya que las entidades locales quedaban sin poder defender su autonomía, constitucionalmente garantizada (artículos 137 de la CE) ante el Tribunal Constitucional. De todos modos, su configuración ha sido algo restrictiva, debido a que sólo tiene cabida la impugnación de normas con rango de ley estatales o autonómicas y, salvo que se trate de municipios o provincias como destinatarios únicos de estas leyes, hace falta la concurrencia de un porcentaje de estas entidades para poder plantear el recurso. Por lo demás, y como ya se ha apuntado, para la declaración de inconstitucionalidad de la ley con efectos *erga omnes* harían falta dos sentencias del TC, ya que la primera de ellas sólo puede establecer la invasión competencial, y debería ir acompañada de un autoplanteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si el TC cree que esa ley es inconstitucional. Por ello tampoco ha tenido excesivo uso esta vía, que en cierto modo es mixta entre el conflicto y el control de constitucionalidad, ya que aunque su ejercicio requiera la invasión competencial, el objeto es una norma con rango de ley que puede terminar por ser declarada inconstitucional.

3) Tutela de los derechos fundamentales: recurso de amparo (artículo 161.1.b de la CE, artículos 41 y ss. de la LOTC). Se trata de un recurso extraordinario y subsidiario, que cuantitativamente ha ocupado siempre los mayores esfuerzos del TC, así como el mayor número de sus resoluciones. Están legitimados para interponerlo cualquier persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal; pero como indico, con muy pocas excepciones requiere que previamente haya habido un proceso ordinario (o preferente y sumario según lo establecido en el artículo 53.2 de la CE) que haya abordado la cuestión, y si ésta no fue abordada, por ejemplo, porque la vulneración se produjo al finalizar ese procedimiento, con carácter general será vía previa el incidente de nulidad de actuaciones (artículos 228 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Desde el punto de vista de su parte pasiva, se distinguen recursos de amparo frente a actos, disposiciones y normas del Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial, aunque puedan ser mixtos. Pero en ningún caso son impugnables por esta vía normas con rango de ley, que sólo pueden ser objeto de las vías ya mencionadas (recurso y cuestión de inconstitucionalidad). Las vulneraciones procedentes de los particulares pueden reconducirse en ocasiones al Poder Judicial, que es quien debería repararlas. Muestra de la concepción restrictiva que tuvieron el Constituyente y el legislador es que no toda vulneración de cualquier derecho constitucional es susceptible de amparo, sino solamente las del artículo 14, los derechos de la Sección I del Capítulo II del Título I (artículos 15-29) y la objeción de conciencia al servicio militar del artículo 30.2 (en este momento no aplicable al haber dejado éste de ser obligatorio). Aun así, la gran cantidad de recursos de amparo que han llegado al TC han amenazado con colapsar su funcionamiento, y por ello ha sido frecuente preocupación el establecer algún tipo de filtro que permitiera el Tribunal seleccionar los asuntos. Así, la importante reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, introdujo modificaciones relevantes, en especial un cambio profundo en los parámetros para la admisión

del recurso, de manera que la inadmisión pasa a ser la regla general, y para la admisión, entre otros requisitos, se hace recaer en el demandante la carga de demostrar que el asunto, además de la vulneración del derecho, plantea una cuestión que reviste "especial trascendencia constitucional" (artículo 50.1 de la LOTC). No podemos detenernos más aquí en la compleja regulación e interpretación de este proceso.⁶

C. Los efectos de la sentencia constitucional

I. Consideraciones generales

Como se ha apreciado, el TC español conoce de varios procesos, que se pueden sistematizar en los tres tipos enunciados. Parece lógico pensar que el tipo de pronunciamiento que puede contener el fallo de una sentencia ha de ser diferente en cada caso y que igualmente pueden variar sus efectos. No es lo mismo un proceso de control de constitucionalidad, que tiene como objeto determinar si una norma es o no conforme con la Constitución, que un proceso de conflicto, que se entabla para determinar a quién pertenece una competencia o si se ha producido una invasión competencial; o un proceso de amparo, que trata de determinar si se ha vulnerado un derecho y, en caso afirmativo, ha de adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento. Cada uno de estos procesos, en línea de principio, conducirán a un tipo de sentencia determinados, con unos pronunciamientos específicos que producirán los efectos acordes con la naturaleza del proceso de que se trate.

⁶ Me he detenido más en este aspecto en otros trabajos. La bibliografía sobre el amparo en España es inmensa y es imposible aquí hacer una cita mínimamente exhaustiva. A título de mera muestra pueden mencionarse: Oliver Araujo, Joan, *El recurso de amparo*, Palma de Mallorca, Universidad de las Islas Baleares, 1986; Albertí Rovira, Enoch y Pérez Tremps, Pablo (coords.), *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004; Pérez Tremps, Pablo, *El recurso de amparo*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; Rubio Llorente, Francisco, "El recurso de amparo", en F. Rubio Llorente y J. Jiménez Campo, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998; Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

Sin embargo, la regulación constitucional y legal de la materia en España no es del todo coherente con las ideas apuntadas, generando algunas confusiones y dudas. Tan sólo la Constitución española no lleva a cabo una sistematización clara de los efectos de las sentencias constitucionales, sino que se limita a enunciar algunos de ellos, sin que quede en todo caso claro de qué tipo de sentencias se predicen en cada uno de ellos. El precepto clave en esta cuestión es el artículo 164 de la CE, que dispone:

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho tienen plenos efectos frente a todos.

2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.

Lo anterior ha de completarse con lo establecido en el artículo 161.1 a), que, tras referirse al recurso de inconstitucionalidad, proclama que "la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada".

No es fácil intentar poner algo de orden sobre estas proclamaciones, pero parece que constitucionalmente quedan establecidas las siguientes consecuencias:

1) Tanto la publicidad como, sobre todo, el efecto de cosa juzgada, parecen predicables de todas las sentencias del Tribunal Constitucional.

2) A partir de ahí, no parecen disponerse más efectos comunes, sino que el resto de los efectos regulados en la norma fundamental parecen pre-

dicables únicamente de las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, o incluso sólo de algunas de ellas. Por exclusión, ello implica que otras sentencias parecen carecer de esos efectos, y específicamente, de los efectos generales.

3) Particularmente para las sentencias de inconstitucionalidad, es inequívoco que la ley o la parte de la ley declarada inconstitucional pierde su vigencia (artículo 164.2 *a contrario*)

4) En cambio, no parece deducirse de la Constitución una pauta clara sobre los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad. La CE no se pronuncia en forma comprensible sobre si los efectos de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad son los de la nulidad o los de la derogación. Es cierto que el artículo 161.1 inciso a), al establecer que la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada, parece partir del principio general de que la declaración de inconstitucionalidad implica la nulidad con efectos *ex tunc*, pero también es verdad que ello no se dispone de manera expresa;⁷ e incluso el mencionado artículo 164.2 podría interpretarse en el sentido de que los efectos propios de la sentencia estimatoria son los de la derogación. Por tanto, en mi opinión la Constitución podría permitir efectos diferentes a los de la nulidad con efectos *ex tunc*, al menos en ciertos supuestos.

5) Aunque el tema también admite dudas, del artículo 164.1 de la Constitución se deduce que los efectos *erga omnes* se predicán de todas las

⁷ En el mismo sentido, Jiménez Campo, Javier, "Qué hacer con la ley inconstitucional", en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Madrid, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 62, sostiene que la Constitución exige el nexo entre declaración de inconstitucionalidad-declaración de nulidad, sino solamente que la norma legal inconstitucional ha de desaparecer del ordenamiento, y que la declaración de inconstitucionalidad ha de respetar el principio de cosa juzgada. En cambio, Punset Blanco, Ramón, "Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes", en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Madrid, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 90-91, entiende que el constituyente ha predeterminado positivamente la consecuencia inherente a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes: la nulidad de éstas.

sentencias del Tribunal Constitucional, excepto de las de amparo,⁸ como veremos con más detalle un poco más adelante.

Teniendo en cuenta las ambigüedades y dudas que deja el texto constitucional, se hace imprescindible acudir al desarrollo legal de esta materia realizado por la LOTC. Esta norma regula de manera separada los efectos de las sentencias en los distintos procesos. Teniendo en cuenta el carácter y enfoque de este trabajo, me centraré en la regulación de los efectos de las sentencias recaídas en los procesos sobre la constitucionalidad de la ley, y específicamente en el recurso y cuestión de inconstitucionalidad. Esta regulación se contiene en los artículos 38-40 de la LOTC.⁹ Cabe destacar que el artículo 38.1 señala que "las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado". Y el artículo 39.1 afirma que, "cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados [...]". El artículo 40.1 establece que las sentencias estimatorias no afectarán a los procedimientos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, excepto en el caso de los procedimientos penales o contencioso-administrativos sancionadores en los que la nulidad de la norma implique una reducción de la pena o la sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad; su apartado dos dispone que la jurisprudencia de los tribunales recaída sobre leyes, disposiciones o actos

⁸ Es cierto que, al referirse la Constitución a "todas las que no se limitan a la estimación subjetiva de un derecho", resulta inútil la mención expresa de "las que declaren la inconstitucionalidad de una ley", que obviamente están incluidas entre las que no se limitan a la estimación subjetiva de un derecho. Pero, como veremos, entender que sólo poseen efectos *erga omnes* las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad supone, lisa y llanamente, obviar por completo el inciso del artículo que se refiere a "todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho".

⁹ La regulación de la sentencia de amparo se contiene en el artículo 55 LOTC. En cuanto a los procesos de conflicto, hay que destacar los artículos 61.3 (vinculación a los poderes públicos y efectos generales de la sentencia de conflictos entre Estado y Comunidades Autónomas o entre estas); 66 (específico para conflictos positivos) y 72.3 (conflictos negativos); 75.2 (conflictos entre órganos constitucionales); 75 quinquies, 5 y 6 (para el conflicto en defensa de la autonomía local); 78.2 (control previo de los tratados internacionales); 79.7, 8 y 9 (control previo de los estatutos de autonomía).

enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por las sentencias y autos que resuelvan los procedimientos de inconstitucionalidad. En fin, también hay que tener en cuenta el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), que establece que todos los jueces y tribunales "interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

En mi opinión, de los preceptos apuntados de la LOTC se deducen las siguientes consecuencias de interés sobre los efectos de las sentencias recaídas en procesos de inconstitucionalidad:

1) La LOTC confirma que los efectos generales son predicables de todas las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad, con independencia de que sean estimatorias o desestimatorias (artículo 38.1).

2) Aunque la Constitución no lo exigía, la LOTC vincula necesariamente la declaración de inconstitucionalidad con la nulidad, de manera que no permite la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad.

3) En parte como consecuencia de lo anterior, puede entenderse que la LOTC parte de que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos hacia el pasado, aunque los matiza (y precisamente porque los matiza) frente a las sentencias con efecto de cosa juzgada, en el sentido y con las excepciones establecidas en el transcrito artículo 40.1.

4) Como consecuencia de lo anterior, cuando el TC declara constitucionales o inconstitucionales determinadas interpretaciones de los preceptos, tanto en sentencias interpretativas de desestimación como en sentencias estimatorias, esa declaración vincula a los tribunales y jueces ordinarios, que no podrán aplicar las interpretaciones declaradas inconstitucionales, aunque sea en una sentencia desestimatoria. En cuanto a las interpretaciones declaradas constitucionales, los tribunales habrán

de seguir las necesariamente cuando se desprenda de la sentencia del Tribunal Constitucional que tal interpretación o interpretaciones son las únicas conformes con la Constitución.

II. El efecto de cosa juzgada

Conviene detenerse algo en los efectos de cosa juzgada, aunque necesariamente de forma mucho más breve de lo que requeriría la complejidad del tema.¹⁰ Hay que recordar que el artículo 164.1 de la Constitución predica este efecto de todas las sentencias del TC, y el mismo valor es predicado por el artículo 38.1 de la LOTC, específicamente respecto a las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad.

Con todo, debe precisarse qué significa exactamente "valor de cosa juzgada" en el proceso constitucional. Por lo que se refiere a los efectos de cosa juzgada en sentido formal, esto es, al carácter inimpugnable de la sentencia, me parecen indubitados. La cuestión es más compleja por lo que se refiere a los efectos de cosa juzgada en sentido material, que implicaría el carácter definitivo de la decisión, en el sentido de que no cabría el replanteamiento de la misma cuestión, esto es, el planteamiento de un nuevo proceso con idéntico objeto que uno anterior ante el Tribunal Constitucional.¹¹ Pero en realidad, el concepto de cosa juzgada

¹⁰ Un estudio más amplio sobre los efectos de cosa juzgada en las sentencias del Tribunal Constitucional puede verse en Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1982, especialmente pp. 81 y ss.

¹¹ Hay que tener en cuenta que, según se entiende en el Derecho Procesal, la cosa juzgada material impide un nuevo proceso con el mismo objeto que el primero, lo que implica que sean iguales sus sujetos, el *petitum* y la *causa petendi*. Ahora bien, como los "sujetos" del proceso constitucional son básicamente el juez que plantea la cuestión, o los órganos o sujetos recurrentes, en principio sólo a ellos afectaría el efecto de cosa juzgada (aspecto sobre el cual no parece haber duda si se mantiene también el mismo objeto del proceso). La cuestión —a la que nos referimos en el texto— es si, en los procesos sobre constitucionalidad de las normas, y teniendo en cuenta además los efectos generales y vinculantes de sus sentencias, se puede aplicar la cosa juzgada material a nuevos procesos planteados por distintos sujetos (por ejemplo, por otro juez). Latorre Segura, Ángel, y Díez-Picazo, Ignacio, "Tribunal Constitutionnel espagnol", en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. III, 1987, pp. 124-125, destacan que el criterio subjetivo (identidad de partes) para la aplicación del efecto de cosa juzgada no puede trasladarse al proceso constitucional, lo que implica la necesidad de precisar de otro modo dicho concepto en el ámbito constitucional. Ahora bien, aun-

en sentido material más bien parece aplicable a los procesos en los que se resuelve meramente un conflicto de intereses entre partes, que a los procesos constitucionales, en los que, por encima de dicho conflicto, se produce un juicio en defensa objetiva de la Constitución.¹² O quizá cabría decir con mayor propiedad que el concepto de cosa juzgada utilizado en el proceso ordinario no puede trasladarse sin más al proceso constitucional.¹³

En todo caso, y centrándome en los procedimientos de inconstitucionalidad, creo que hay que distinguir una y otra vía para precisar en qué medida podrían predicarse dichos efectos de cosa juzgada, y en qué consistirían los mismos en el proceso constitucional. La impugnación de un precepto mediante un recurso de inconstitucionalidad normalmente no podrá producirse una segunda vez, debido al corto plazo al que está sometido este procedimiento. Además, el artículo 38.2 de la LOTC señala expresamente que "las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional".¹⁴

Puesto que parece claro que no cabe un segundo recurso de inconstitucionalidad sobre el mismo precepto legal, fundado en la misma infracción constitucional, el problema esencial está en resolver si cabe plantear una cuestión de inconstitucionalidad en torno a un precepto sobre cuya constitucionalidad ya se pronunció, en sentido desestimatorio (o parcialmente desestimatorio), el Tribunal Constitucional a través de un recurso

que pudieran extenderse los efectos subjetivos, en todo caso creo que subsistiría la exigencia de que fuese igual también "lo pedido", así como la "causa de pedir", para que pudieran aplicarse los efectos de cosa juzgada material.

¹² Pibernat Domenech, Xavier, "La sentencia constitucional como fuente del Derecho", en *Revista de Derecho Político*, núm. 24, 1987, p. 62.

¹³ En este sentido, Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor...*, *op. cit.*, pp. 12 y ss.

¹⁴ Aunque, en sentido contrario, este precepto parece implicar que podría plantearse un nuevo recurso de inconstitucionalidad sobre el mismo precepto, pero fundado en distinto precepto constitucional, ya he indicado que ello será prácticamente imposible, ya que el plazo para interponer un recurso de inconstitucionalidad es de tres meses desde la publicación de la ley (artículo 33 de la LOTC), y la sentencia recaerá siempre mucho más tarde, con lo que no cabrá ya un nuevo recurso sobre el mismo precepto dentro del plazo legal.

o cuestión de inconstitucionalidad. Ya hemos visto que la Constitución y la ley se refieren a los efectos de cosa juzgada pero, aunque ello se entendiera como cosa juzgada material, es dudoso que ello impidiera absolutamente el replanteamiento en la situación descrita, ya que para ello sería preciso determinar: 1) hasta dónde pueden extenderse subjetivamente los efectos de la cosa juzgada, y 2) en qué medida el replanteamiento de la cuestión sobre el mismo precepto legal abre un proceso con idéntico objeto al anterior.

El artículo 38.2 de la LOTC, antes transcrito, parece permitir el replanteamiento mediante la cuestión de inconstitucionalidad, interpretado *sensu contrario* (es decir, no cabría el replanteamiento "en la misma vía", pero sí "en otra vía").¹⁵ Sin embargo, el artículo 29.2 de la LOTC dispone que "la desestimación, por razones de forma, de un recurso de inconstitucionalidad" no impedirá que la misma ley pueda ser objeto "de una cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de su aplicación en otro proceso", lo que parece indicar que sí impedirá el replanteamiento la desestimación por razones de fondo. De manera que ambos artículos, interpretados *sensu contrario*, conducen a interpretaciones contradictorias, por lo que uno de ellos debe ser interpretado en otro sentido, para que ambos sean compatibles. La doctrina se ha esforzado principalmente en adaptar el artículo 29.2 a la compatibilidad entre vías que parece permitir el artículo 38.2, reinterpremando aquel precepto más allá de su literalidad; en este sentido, se ha propuesto entender que el artículo 29.2 simplemente especifica o reitera la regla general de la compatibilidad entre ambas vías, para el caso de que la desestimación del recurso sea por razones formales.¹⁶

¹⁵ En cambio, García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1983, pp. 139-140, entiende que la compatibilidad de una nueva cuestión con un recurso desestimatorio anterior contradice la literalidad de los artículos 29.2 y 38.2 de la LOTC, pero sostiene que ha de afirmarse tal compatibilidad, bien por la vía de la declaración de inconstitucionalidad de dichos preceptos, bien por la "(difícil) interpretación conforme a la Constitución".

¹⁶ Rubio Llorente, Francisco, y Aragón Reyes, Manuel, "La jurisdicción constitucional", en Pedriera, A. y García de Enterría, E. (dirs.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1981, pp. 871-872, entienden que el principio general de compatibilidad está contenido en el artículo 38.2, y de haberse querido establecer excepciones al mismo, debían haberse realizado

En suma, y admitiendo lo polémico de la cuestión, creo que no debe descartarse el replanteamiento de la misma duda a través de una cuestión de inconstitucionalidad. Debe tenerse en cuenta que la interpretación de la Constitución es necesariamente evolutiva y ha de adaptarse a las cambiantes circunstancias sociales —y lo mismo puede decirse de la interpretación legal—. Por lo demás, si se niega la compatibilidad de la cuestión con un recurso anterior, simplemente se impediría que el Tribunal revise, adapte o modifique su jurisprudencia, lo cual es un elemento imprescindible para la permanencia de las constituciones. Y por las mismas razones, creo que sería también admisible el planteamiento de una nueva cuestión de inconstitucionalidad sobre el mismo precepto declarado constitucional en la misma vía (siempre que no se trate del mismo juez en el mismo proceso, ya que en tal caso sí deben reconocerse los efectos de cosa juzgada material). Aunque pudieran extenderse subjetivamente los efectos de la cosa juzgada, creo que este replanteamiento sería posible en cuanto llevase aparejado algún elemento nuevo (con lo que el objeto del nuevo proceso no sería exactamente igual); si bien el *petitum* sería el mismo, variaría la *causa petendi*, no sólo en caso de invocarse un precepto constitucional distinto, sino también cuando la cuestión se base en una interpretación diferente del mismo artículo constitucional o legal. En fin, el propio Tribunal Constitucional, al declarar la constitucionalidad de ciertos preceptos en la sentencia que resolvía un recurso de inconstitucionalidad, ha admitido en alguna ocasión la posibilidad de volver a pronunciarse sobre ellos a través de una eventual cuestión de inconstitucionalidad,¹⁷ e incluso ha conocido efectivamente

en el mismo artículo, o al menos en el mismo capítulo, que regula los efectos de las sentencias. De esta forma, lo que hace el artículo 29.2 es confirmar este principio general para el caso de la desestimación por razones de forma, en el que teóricamente sería más difícil admitir una nueva impugnación por idéntico motivo. En todo caso, reconocen que esta interpretación conforme a la Constitución del artículo 29.2 fuerza un poco la intención del legislador.

¹⁷ Ejemplo de ello son las siguientes afirmaciones contenidas en la primera sentencia que se pronunció sobre un recurso de inconstitucionalidad: "[...] si en el futuro se plantearan casos concretos que permitieran apreciar nuevos matices en orden a justificar la oposición —o la disconformidad— a la Constitución de alguno de los preceptos cuya inconstitucionalidad no se declara ahora, el Juez o Tribunal correspondiente podría promover la cuestión de inconstitucionalidad con relación al precepto que le suscitara la duda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38.2 de la Ley Orgánica del Tribunal" (STC 4/1981, de 2 de febrero, f. j. 1, B).

mediante una cuestión de preceptos anteriormente declarados constitucionales al resolver un recurso.¹⁸ Por lo que se refiere a las sentencias interpretativas de desestimación, creo que tampoco impiden el replanteamiento de la cuestión en otros procesos, aunque me parece que la misma no puede plantearse interpretando la ley en el sentido que el Tribunal Constitucional consideró inconstitucional, sino solamente basándose en la o las interpretaciones que en un momento dado se entendieron acordes con la Constitución, pero sobre la que un cambio de circunstancias puede aconsejar un nuevo pronunciamiento; o bien en relación a nuevas interpretaciones no consideradas en su momento. Hay que tener en cuenta que en este caso se utilizarán argumentos diferentes a los considerados inicialmente por el Tribunal Constitucional, ya que el cambio de circunstancias implicará una interpretación diferente de la Constitución.¹⁹

III. Vinculación y efectos generales

Ya se ha apuntado que tanto la Constitución como la LOTC dejan claro el efecto de vinculación para todos los públicos y los efectos generales de

¹⁸ Un buen ejemplo de ello sería la STC 55/1996, de 28 de marzo. El Tribunal se vuelve a pronunciar sobre determinados preceptos de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen penal de la objeción de conciencia, y que ya habían sido declarados constitucionales en STC 160/1987. Justifica esta posición en el f. j. 2, afirmando que el nuevo cuestionamiento "se produce por vía distinta de la resuelta en la STC 160/1987 (artículo 38.2 de la LOTC); el que los motivos de inconstitucionalidad alegados no son totalmente coincidentes, y, por último, que las cuestiones objeto del presente proceso constitucional no adolecen, por reiterativas, de notoria falta de fundamento, ya que resulta relevante el lapso de tiempo transcurrido desde que se dictó la STC 160/1987, a la vista de la actividad normativa y del intenso debate político y social que han tenido por objeto la institución de la prestación social sustitutoria y la respuesta jurídica anudada a la negativa a realizarla".

¹⁹ Postura diferente es la sostenida por Santos Vijande, Jesús María, *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*, Granada, Comares, 1995, pp. 75 y ss., para quien el replanteamiento de la cuestión tras una sentencia interpretativa cabe en dos supuestos: 1) si se invoca un precepto constitucional diferente, en todo caso (incluyendo por tanto el cuestionamiento de la constitucionalidad no sólo de la interpretación impuesta, sino también de las interpretaciones vedadas); 2) incluso invocando el mismo precepto constitucional, siempre que se invoque una interpretación distinta a la impuesta o vedada por el Tribunal Constitucional. En cambio, en mi opinión, no cabe invocar la interpretación o interpretaciones consideradas inconstitucionales, ya que éstas quedan expulsadas del contenido normativo del precepto (dicho de otro modo, dejan de existir desde el punto de vista constitucional).

las sentencias de inconstitucionalidad, y que dicho efecto, a pesar de las dudas que podría generar la literalidad del último inciso del artículo 164.1, debe extenderse también a las sentencias desestimatorias recaídas en este mismo tipo de procesos. Por lo demás, por efecto del citado artículo 5.1 de la LOPJ, la interpretación de la Constitución llevada a cabo por el TC es vinculante también para los tribunales ordinarios.

Más dudoso podría resultar en qué sentido son vinculantes las interpretaciones que el TC hace de las leyes impugnadas, y que pueden servir como fundamento a la emisión de sentencias interpretativas, como veremos algo más adelante. En mi opinión, en el ordenamiento español los jueces y tribunales están obligados a seguir la interpretación de la ley que el Tribunal Constitucional ha considerado conforme a la norma fundamental. Se ha dicho con acierto que el Tribunal Constitucional, además de intérprete supremo de la Constitución, es supremo intérprete constitucional, lo que origina que el carácter vinculante de su interpretación se extienda a normas distintas de la Constitución misma, incluyendo las normas objeto de control;²⁰ y es que la ley a la que el juez está sujeto es, en su caso, la ley definida por el Tribunal Constitucional.²¹ Éste, por ser intérprete supremo de la Constitución, es también el supremo intérprete constitucional de la ley,²² realizando así una función unificadora de la interpretación de la ley.²³

Podemos apuntar una serie de argumentos constitucionales y legales que apoyan esta idea. Ya hemos mencionado que el artículo 164.1 de la

²⁰ Rubio Llorente, Francisco y Aragón Reyes, Manuel, "La jurisdicción constitucional", *op. cit.*, p. 849. En sentido parecido, Pibernat Domenech, Xavier, "La sentencia constitucional como fuente del Derecho", *op. cit.*, pp. 71-72.

²¹ Rubio Llorente, Francisco, "Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional", en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 452.

²² Aragón Reyes, Manuel, "El sistema español de justicia constitucional", en M. Aragón Reyes y J.J. Solozábal, *Materiales de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Carperi, 1984, pp. 614-615.

²³ Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 247 y ss., destaca la idoneidad de la cuestión de inconstitucionalidad como medio de unificación de las interpretaciones de la ley.

Constitución dispone que las sentencias que "declaren la inconstitucionalidad de una ley o una norma con fuerza de ley y *todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho* tienen plenos efectos frente a todos" (subrayado mío). Es verdad que parte de la doctrina ha entendido que dichos efectos son sólo predicables de las sentencias estimatorias emitidas en los procedimientos de inconstitucionalidad,²⁴ pero otros autores han entendido que los efectos *erga omnes* son constitucionalmente predicables de todas las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en todos los procedimientos, excepto en amparo, y en todo caso también en las sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad.²⁵ Me parece que ésta es la interpretación más aproximada a la realidad del precepto constitucional que acabo de transcribir, pues lo contrario privaría totalmente de sentido al inciso "y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho".

Ahora bien, es preciso entender correctamente cómo funcionan estos efectos en uno y otro caso. En las sentencias que declaran la inconstitucionalidad y nulidad de una ley, los aludidos efectos generales se traducen en la expulsión del ordenamiento de dicho precepto legal, de manera que podría decirse que dichas sentencias poseen un valor de la ley, pero en sentido negativo. En cambio, las sentencias que declaran la constitucionalidad de un precepto no suponen alteración alguna de su vigencia, por lo que no poseen efectos generales en este sentido. La declaración de constitucionalidad simplemente implica que el precepto continúa en vigor, pero no supone una especie de presunción *iuris et de iure* de cons-

²⁴ En este sentido, por ejemplo, Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor...*, *op. cit.*, pp. 90 y ss.; Latorre Segura, Ángel y Díez-Picazo, Luis, "Tribunal Constitutionnel espagnol", *op. cit.*, pp. 113-114. En sentido parecido, Montoro Puerto, Manuel, *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Madrid, Colex, t. I, 1991, pp. 226 y ss., afirma mientras que los efectos vinculantes para todos los poderes públicos se refieren tanto a sentencias estimatorias como a desestimatorias, los efectos *erga omnes* sólo son predicables en la integridad de aquéllas, ya que las sentencias desestimatorias no alteran el ordenamiento jurídico. En la misma línea, Corzo Sosa, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 533 y ss.

²⁵ Así, Pibernat Domench, Xavier, "La sentencia constitucional como fuente del derecho", *op. cit.*, pp. 64-65; Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, *op. cit.*, pp. 259 y ss.

titucionalidad,²⁶ ya que, como hemos apuntado, en ciertos supuestos cabe el replanteamiento de la cuestión. Pero el Tribunal puede interpretar el precepto impugnado de conformidad con la Constitución, y en tal caso la interpretación que el Tribunal haga de dicho precepto se "integra" en el mismo, adquiriendo su mismo rango.²⁷ En este sentido puede hablarse de efectos generales de estas sentencias, que se logran esencialmente mediante la vinculación a las mismas de los jueces y tribunales ordinarios. Y lo mismo sucede con la interpretación que el Tribunal realiza en estas sentencias de la Constitución, con la salvedad de que en este caso dicha interpretación se "integra" en el precepto constitucional, situándose en este sentido por encima de la ley en el sistema de fuentes.²⁸

Por lo que se refiere a las sentencias interpretativas producen en realidad efectos en ambos sentidos, como consecuencia del "doble pronunciamiento" que contienen:²⁹ en primer lugar, y respecto a la o las interpretaciones declaradas inconstitucionales, éstas no pueden ser aplicadas por los jueces y tribunales (lo que en definitiva equivale a su inconstitucionalidad con efectos generales); y este efecto se produce, a mi juicio, aunque el fallo no haga referencia expresa a dicha interpretación, siempre que la misma haya sido considerada en la fundamentación (y no se produce, en cambio, respecto a otras eventuales interpretaciones que no hayan sido

²⁶ En este sentido, por ejemplo, Corzo Sosa, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad*, *op. cit.*, p. 530.

²⁷ Desde luego, ello es así, en mi opinión, cuando dicha interpretación se contiene en el fallo, esto es, en las sentencias interpretativas (que es el supuesto que nos interesa). Si dicha interpretación se contiene sólo en la fundamentación, la cuestión plantearía más dudas, pero a mi juicio los efectos prácticos son similares, puesto que jueces y tribunales están vinculados, como veremos, por la doctrina del Tribunal Constitucional.

²⁸ La afirmación de que la sentencia constitucional se sitúa en el sistema de fuentes por encima de la ley, e inmediatamente después de la Constitución, ha sido defendida por Pérez Royo, Javier, *Las fuentes del derecho*, 3a. ed., Madrid, 1986, pp. 44 y ss., y *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 65. Ciertamente, esta especial posición de las sentencias del Tribunal puede predicarse de todas ellas, incluyendo las que resuelven recursos de amparo, a las cuales sin embargo no se extienden constitucionalmente los "plenos efectos frente a todos". Debe reconocerse que la posición aquí defendida aproxima los efectos de todos los tipos de sentencias constitucionales, pero creo que las diferencias radican en lo que se refiere a la interpretación de la ley, que en las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tiene los especiales efectos generales que explicamos en el texto.

²⁹ He abordado esta cuestión con mayor detenimiento en Díaz Revorio, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, México, Porrúa, 2011, pp. 61 y ss.

objeto del proceso). En segundo lugar, en relación con la interpretación declarada constitucional, ésta resulta simplemente integrada en el precepto legal; los jueces y tribunales han de aplicar en principio dicha interpretación, aunque también podrían seguir otras no consideradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional (en tal caso, parece que lo adecuado sería el planteamiento de una nueva cuestión de inconstitucionalidad).

La regulación legal del aspecto que venimos comentando apoya las conclusiones que he apuntado. Como se ha apuntado, el artículo 5.1 de la LOPJ dispone que los jueces y tribunales "interpretarán y aplicarán las Leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos". En este precepto se dispone con claridad que la interpretación que se impone a los jueces y tribunales ordinarios es la que resulta de *todas* las resoluciones del Tribunal Constitucional y no sólo de las sentencias estimatorias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad.³⁰ Ahora bien, hay que reconocer que si la mención a la interpretación de los "mismos", que se impondrá a jueces y tribunales, se refiere a "los preceptos y principios constitucionales", la interpretación que el Tribunal Constitucional haga de los preceptos legales (que es de lo que se trata una sentencia interpretativa) no se impondría necesariamente a jueces y tribunales por imperativo de este precepto. Pero creo que este entendimiento debe rechazarse, al menos por lo que se refiere a las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad. Primero, porque este precepto debe entenderse de conformidad con otros que hemos venido comentando. Y segundo, porque la declaración de que una interpretación de un precepto legal es constitucional, y otra u otras no lo son,

³⁰ Sobre este tema, véase López Guerra, Luis, "Tribunal Constitucional y creación judicial de Derecho", en E. Espín y F. J. Díaz Revorio (coords.), *La Justicia constitucional en el Estado democrático*, Valencia, Tirant lo blanch, 2000, pp. 373 y ss., quien destaca que, en virtud de este artículo, la ausencia de "plenos efectos" no será predicable de las sentencias de amparo en toda su extensión, sino sólo del reconocimiento del derecho, pero no de los demás elementos de la sentencia.

no es en absoluto independiente de la interpretación que se haga de la propia Constitución. En efecto, y como veremos, mediante una sentencia interpretativa, el Tribunal Constitucional no interpreta —o no debe interpretar— el precepto legal para indicar cuál es la interpretación "correcta" o adecuada del mismo, sino para indicar cuál es su interpretación conforme a la norma constitucional, y para ello es imprescindible interpretar también dicha norma. Sería en cierto modo contradictorio entender que la interpretación de la Constitución es vinculante, pero no lo es la interpretación constitucional de la ley, que depende directamente de la propia interpretación constitucional. Por ello, me parece que la interpretación que a estos efectos haga de la ley el Tribunal Constitucional vincula a jueces y tribunales ordinarios. Y aun si el artículo 5.1 de la L.O.P.J. no se considerase suficiente para llegar a esta conclusión, otros preceptos conducirían a la misma. En efecto, y en segundo lugar, el artículo 38.1 de la LOTC dispone que las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad (sin distinguir entre las estimatorias y las desestimatorias) "tendrán efectos de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado". Y, con carácter más general, el artículo 87.1 afirma que "todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva". Por último, el citado artículo 40.2 de la LOTC establece que "la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional, habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan recursos y cuestiones de inconstitucionalidad".³¹

Por tanto, creo que las sentencias interpretativas de desestimación tienen efectos generales y vinculan a todos los poderes públicos, en especial a jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial. No me parece que

³¹ Un comentario muy amplio sobre este precepto, en Santos Vijande, Jesús María, *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional...*, op. cit., especialmente pp. 25-63. Véase también Almagro Nosete, José, *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, 2a. ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 1989, pp. 268-269.

frente a esta idea pueda argumentarse que dichos efectos sean sólo predicables del fallo de dichas sentencias, pero no de la fundamentación que conduce al mismo. Si la sentencia es desestimatoria pura, los efectos generales del fallo serían simplemente que el precepto impugnado se mantiene en vigor, con sus efectos propios; pero pienso que también en este caso, la interpretación que pueda hacer el Tribunal Constitucional de dicho precepto, así como de los preceptos constitucionales, se impone al menos a jueces y tribunales (y de esta vinculación deriva, en realidad, la de los ciudadanos y la Administración). Y si la sentencia desestimatoria es interpretativa, normalmente el propio fallo no puede entenderse sin referencia a los fundamentos que lo sustentan (muchas veces la referencia es expresa), que contendrán la auténtica *ratio decidendi*, vinculante para jueces y tribunales.

D. La tipología de las sentencias en los procedimientos de inconstitucionalidad

Como es habitual, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los procesos de la constitucionalidad de la ley han ido mucho más allá de la dicotomía de constitucionalidad (desestimación) / inconstitucionalidad (estimación), dando lugar a un amplio elenco de posibilidades reales. Con la intención de sistematizar los diversos tipos de sentencias en los procesos sobre la constitucionalidad de la ley, esbozaré varias clasificaciones, de acuerdo con diversos criterios, para tratar de señalar las diferencias entre la regulación legal y la rica práctica y, aun dentro de ésta, entre los enunciados formales de la parte dispositiva de las sentencias y sus verdaderos efectos materiales.

I. Regulación legal

Tanto para la Constitución como para la LOTC existen sólo dos tipos básicos de sentencias en los procedimientos de inconstitucionalidad: las desestimatorias y las estimatorias. Para ser más precisos, y en puridad, la Constitución y la LOTC proceden a una regulación general de las

sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de control de constitucionalidad (ya he hecho referencia a los preceptos aplicables), dentro de la cual singularizan en algunos casos concretos las sentencias estimatorias y sus efectos, como acabamos de ver.

Lo cierto es que los llamados "tipos intermedios" no tienen cobertura legal expresa, si bien cabría hacer una distinción. A estos efectos:

- a) Aunque no se contemple expresamente, no está descartada la inconstitucionalidad parcial, y de hecho no parece que ésta encuentre obstáculo legal alguno, pues si cabe declarar la inconstitucionalidad de todo lo impugnado (o incluso de preceptos no impugnados según el artículo 39.1 de la LOTC), también cabría declarar la inconstitucionalidad de parte de lo impugnado. Sería aplicable el brocardo "quien puede lo más, puede lo menos". Creo que ello podría resultar aceptable tanto para la inconstitucionalidad parcial del texto (de un inciso, frase, etc., del precepto impugnado) como del contenido normativo o de la interpretación de él derivados (caso de las sentencias interpretativas en sentido estricto, como se verá).
- b) En cambio, la hipótesis de inconstitucionalidad sin nulidad no sólo no está contemplada expresamente, sino que es manifiestamente contraria a la LOTC, que es clara al vincular inconstitucionalidad y nulidad (artículo 39.1). Por la misma razón parecen excluidas legalmente otras fórmulas, como por ejemplo el otorgamiento de un plazo al legislador para corregir la inconstitucionalidad, pues implican necesariamente ignorar esa ineludible vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad.

II. La práctica del Tribunal Constitucional

a. Clasificación formal

Si dejamos a un lado las previsiones legales y nos centramos en el análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas efectivamente en los procedimientos de inconstitucionalidad, comprobaremos que la

tipología de las sentencias crece notoriamente. Y ello porque el Tribunal ha tenido que salirse en reiteradas ocasiones de la rígida bipartición constitucionalidad-inconstitucionalidad (con necesaria vinculación entre esta última y nulidad), incorporando otro tipo de pronunciamientos a sus fallos. Con todo, el análisis de las sentencias del Tribunal permite todavía dos enfoques diferentes:

- a) El basado exclusivamente en lo que afirma la parte dispositiva de las sentencias, es decir, en las declaraciones formales de los fallos.
- b) El que tiene en cuenta la "operación" que materialmente realiza la sentencia constitucional sobre el precepto impugnado, incluyendo tanto su texto como, fundamentalmente, su contenido normativo.

Puede, por tanto, distinguirse utilizarse un criterio "formal" o uno "material" para clasificar las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad. Al comenzar por el formal, cabría distinguir:³²

1. Sentencias desestimatorias, que pueden ser:

1.1. Sentencias de desestimación pura o simple, cuyo fallo se limita a desestimar el recurso o cuestión interpuesto, aunque a veces puede señalar expresamente la constitucionalidad de la ley.

1.2. Sentencias interpretativas de desestimación, cuyo fallo declara la constitucionalidad del precepto "si se interpreta" o "fue interpretado" en el sentido que el propio Tribunal señala, normalmente por remisión al fundamento jurídico correspondiente de la sentencia³³

³² Conviene aclarar que, aunque hablaremos de "sentencias" estimatorias, desestimatorias, etc., en el caso de que se recurran varios preceptos de la misma o de diferentes leyes, una misma decisión puede contener en su fallo varios apartados o pronunciamientos, que pueden no coincidir entre sí; de esta forma, en el fallo de una sentencia pueden encontrarse simultáneamente *pronunciamientos* de estimación pura, desestimación pura, interpretativos, etc. De manera que sería más preciso hablar de "clasificación de pronunciamientos" que de "clasificación de sentencias", aunque me referiré principalmente a sentencias porque ello resulta más habitual, simple e inmediatamente comprensible.

³³ Han sido muy numerosas las sentencias del Tribunal Constitucional español que han adoptado esta fórmula. A título de ejemplo, pueden destacarse las SSTC 11/1981, de 8 de abril (apartados 21,

1.3. Otros tipos de sentencias desestimatorias.³⁴

2. Sentencias estimatorias, dentro de las cuales cabe, a su vez, distinguir entre:

2.1. Sentencias de estimación total que, estimando el recurso, declaran la inconstitucionalidad y nulidad del precepto o preceptos impugnados.

2.2. Sentencias de estimación parcial, que comprenden también varios tipos:

incisos *a* y *e*) del fallo); 14/1981, de 29 de abril; 37/1981, de 16 de noviembre (apartado 21); 5/1982, de 8 de febrero; 35/1982, de 14 de junio (apartado 21); 72/1983, de 29 de julio (apartado 11, inciso *b* del fallo); 87/1985, de 16 de julio (apartado 11, inciso *b*); 178/1985, de 19 de diciembre; 63/1986, de 21 de mayo (apartado 11, inciso *a*); 88/1986, de 1 de julio (apartado 21); 26/1987, de 27 de febrero (apartado 21); 99/1987, de 11 de junio (apartado 21); 115/1987, de 7 de julio (apartado 11, inciso *a*); 49/1988, de 22 de marzo (apartado 11, inciso *B*); 142/1988, de 12 de julio (apartado 11, inciso *a*); 15/1989, de 26 de enero (apartado 11, inciso *d*); 86/1989, de 11 de mayo (apartado 21); 76/1990, de 26 de abril (apartados 11, 21 y 31); 141/1990, de 20 de septiembre (apartado 11); 17/1991, de 31 de enero (apartados 11, 21 y 31); 148/1991, de 4 de julio (apartado 21); 44/1992, de 2 de abril (apartado 3); 237/1992, de 15 de diciembre (apartados 2 y 3); 81/1993, de 8 de marzo (apartado 21); 284/1993, de 30 de septiembre (apartado 2); 337/1994, de 23 de diciembre (apartado 2); 185/1995, de 14 de diciembre (apartado 4); 69/1996, de 18 de abril; 76/1996, de 30 de abril; 195/1996, de 28 de noviembre (apartado 1); 212/1996, de 19 de diciembre (apartado 2, inciso *a*); 103/1997, de 22 de mayo (apartado 2); 133/1997, de 16 de julio (apartados 1, inciso *b* y 2, inciso *b*); 14/1998, de 22 de enero (apartado 1); 109/1988, de 21 de mayo (apartado 2); 149/1998, de 2 de julio (apartado 2); 173/1998, de 23 de julio (apartado 2); 116/1999, de 17 de junio (apartado 21, inciso *a*); 233/1999, de 16 de diciembre (apartados 21 y 31); 242/1999, de 21 de diciembre (apartado 21, inciso *b*), y muchas otras posteriores. Cabe destacar la STC 31/2010, de 28 de junio, cuyo apartado 3º del fallo contiene más de veinte pronunciamientos interpretativos formalmente estimatorios que se remiten a los correspondientes preceptos de la norma impugnada, que son más de treinta. Como veremos, a ellos cabe sumar otros pronunciamientos interpretativos "encubiertos" o ultrainterpretativos, que convierten a esta sentencia probablemente en la más prolífica en cuanto a interpretaciones, alteraciones encubiertas y tipos intermedios de pronunciamientos. Entre las más recientes, se puede citar la STC 13/2021, de 28 de enero, que contiene pronunciamientos interpretativos desestimatorios en los apartados 3º, 4º y 5º del fallo.

³⁴ Aunque tampoco han tenido una utilización muy destacada por nuestro Tribunal Constitucional, conviene al menos mencionar que no son desconocidos en Derecho comparado otros tipos de fallos que son formalmente desestimatorios, aunque la desestimación no es pura o simple, y tampoco pueden calificarse como sentencias interpretativas: así sucedería con las sentencias que declaran que una ley "no es todavía inconstitucional", pero puede llegar a serlo si no se modifica la regulación, o en general las "sentencias de apelación", cuando se declara la constitucionalidad del precepto, al tiempo que se realiza un llamamiento al legislador para que proceda a adecuarlo más o mejor a las exigencias constitucionales. Como es sabido, este tipo de decisiones son relativamente frecuentes en el sistema alemán. En España no encontramos este tipo de sentencias, si lo interpretamos en sentido formal o estricto, es decir, que la apelación o la declaración tenga reflejo en el fallo. Otra cosa son las bastante frecuentes apelaciones o llamadas al legislador para que reforme o apruebe determinadas leyes, contenidas en la fundamentación de las sentencias, que sí son bastante frecuentes.

2.2.A. Sentencias de estimación parcial *respecto al texto de la disposición* impugnada, en las que se declara la inconstitucionalidad de una o varias palabras, o de un inciso textual del precepto impugnado.

2.2.B. Sentencias de estimación parcial *respecto a la norma*, que declaran la inconstitucionalidad parcial del precepto legal cuestionado, pero dicha inconstitucionalidad no se refleja en una parte, palabra o inciso concreto de su texto, sino que afecta en realidad a parte del contenido normativo derivado del mismo. Todas ellas pueden calificarse también como *sentencias interpretativas de estimación*, aunque una vez más hay que hacer una nueva distinción:

2.2.B.a) Sentencias interpretativas de estimación en sentido estricto, que señalan la inconstitucionalidad de una entre las varias interpretaciones que *alternativamente* pueden derivar del precepto cuestionado. Este tipo de sentencias adopta un fallo en el que se señala que el precepto impugnado "es inconstitucional, si se interpreta..." o "interpretado..." en un sentido determinado, que el Tribunal puede señalar en el mismo fallo, o por remisión a los fundamentos. Si bien estas decisiones han sido en nuestro sistema mucho menos frecuentes que las sentencias interpretativas de desestimación (y también mucho menos frecuentes que en otros sistemas, como el italiano), sí pueden encontrarse algunos ejemplos.³⁵

³⁵ En el primer año de su actividad, el Tribunal Constitucional parecía "dudar" sobre si la forma idónea de un fallo interpretativo debía ser la estimatoria o la desestimatoria. Por ello, en 1981 pueden encontrarse, junto a sentencias interpretativas desestimatorias, algunas sentencias interpretativas de estimación en sentido estricto, como las SSTC 22/1981, de 2 de julio, o la STC 34/1981, de 10 de noviembre. Incluso puede encontrarse en este año alguna sentencia "mixta", ya que su fallo señala tanto la interpretación constitucional como la inconstitucional: STC 14/1981, de 29 de abril. Después del primer año, las sentencias interpretativas estimatorias fueron prácticamente abandonadas por nuestro Tribunal Constitucional, pero todavía puede encontrarse algún ejemplo: STC 105/1988, de 8 de junio. También son formalmente sentencias interpretativas de estimación otras decisiones: SSTC 199/1987, de 16 de diciembre (apartado 3º, inciso c) del fallo); 62/1990, de 30 de marzo (apartado 1º), o 118/1996, de 27 de junio (apartado A, 3º [apartado 3, inciso A(?)]), en su referencia al artículo 155.2 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres); pero en realidad, estas sentencias tienen carácter materialmente aditivo (199/1987), sustitutivo (62/1990) o reductor (118/1996).

2.2.B.b) Sentencias interpretativas de estimación que declaran la inconstitucionalidad de una norma o parte del contenido normativo derivado *conjuntamente* del texto impugnado. Siguiendo una denominación bastante empleada por la doctrina, especialmente en Italia, podemos denominar a estas decisiones "sentencias manipulativas". Pero incluso este grupo comprendería tres tipos de decisiones:

i.- Sentencias reductoras, que señalan que el precepto es inconstitucional "en la parte en que..." o "en cuanto..." prevé o incluye "algo" contrario a la norma fundamental. En este caso, la inconstitucionalidad no afecta al texto, pero sí al contenido normativo, que puede considerarse inconstitucional "por exceso".³⁶

ii.- Sentencias aditivas, que indican que un artículo es inconstitucional "en cuanto no prevé...", "no incluye..." o "excluye..." "algo" que debería incluir para ser completamente conforme a la Constitución. Se trata en este caso de una inconstitucionalidad "por defecto", pero que tampoco implica la inconstitucionalidad de inciso alguno del texto.³⁷

³⁶ Este tipo de decisiones ha sido relativamente frecuente en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, desde sus inicios. Por ejemplo, SSTC 4/1981, de 2 de febrero (apartados 2, B, C y D del fallo); 5/1981, de 13 de febrero (apartado 2º y B); 54/1983, de 21 de junio; 160/1986, de 16 de diciembre; 116/1987, de 7 de julio (apartado 2º); 181/1988, de 13 de octubre (apartado 1º); 113/1989, de 22 de junio; 132/1989, de 18 de julio (apartado 2º); 149/1991, de 12 de diciembre (apartado 1º del fallo, en algunos incisos); 5/1992, de 16 de enero; 158/1993, de 6 de mayo; 146/1994, de 12 de mayo; 118/1996, de 27 de junio (apartado A, 5); 166/1998, de 15 de julio; 11/1999, de 11 de febrero (apartado 2º); 233/1999, de 16 de diciembre (apartado 1º) y otras posteriores.

³⁷ Aunque en España las sentencias aditivas no constituyen un fenómeno tan frecuente como en el sistema italiano (que es el que ha dado más ejemplos, y del que derivan tanto la denominación como la preocupación doctrinal por este tipo de decisiones), sí es verdad que pueden encontrarse varios ejemplos, la mayoría de los cuales han sido polémicos, o han venido acompañados de votos particulares que no compartían el fallo del Tribunal. Pueden mencionarse las siguientes decisiones aditivas: SSTC 29/1986, de 20 de febrero (apartados 1º, A, incisos a, b y c del fallo); 116/1987, de 7 de julio (apartado 11); 48/1988, de 22 de marzo (apartados 1º, inciso b), y 2º, inciso b), sólo en su referencia al f. j. 18); 154/1989, de 5 de octubre (apartado 1º); 142/1990, de 20 de septiembre; 222/1992, de 11 de diciembre; 3/1993, de 14 de enero; 134/1996, de 22 de julio; 73/1997, de 11 de abril (apartado 1); 40/1998, de 19 de febrero (apartado 2 del fallo, inciso segundo; esta sentencia contiene una parte aditiva y otra parte en la que, señalando la inconstitucionalidad de una omisión, se afirma que no corresponde al Tribunal la determinación concreta de la exigencia constitucional). Aunque no puedan calificarse estrictamente como sentencias aditivas, también pueden mencionarse

iii.- Sentencias sustitutivas, cuyo fallo afirma que el precepto es inconstitucional "en cuanto prevé..." o señala "algo", "en lugar de" otra cosa que debería prever para ser constitucional ³⁸.

2.3. Otros tipos de sentencias estimatorias, y en particular aquellas que declaran la inconstitucionalidad pero no la nulidad, son las que acompañan a la declaración de inconstitucionalidad del establecimiento de un plazo, aquellas que declaran que un precepto "no tiene carácter básico" o "no es aplicable" en determinado ámbito territorial, "no tiene aplicación directa" en el mismo,³⁹ o bien que, sin llegar a un caso de mera

algunas decisiones en las que el carácter aditivo deriva de la inconstitucionalidad de algún inciso textual: sobre todo, la STC 103/1983, de 22 de noviembre; 104/1983, de 23 de noviembre (que en realidad reitera lo dispuesto en la sentencia anterior), y también la STC 27/1985, de 25 de febrero, muy similar a la anterior STC 76/1982, de 14 de diciembre.

³⁸ Este tipo de decisiones, que no son en absoluto desconocidas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, sí son excepcionales en nuestro sistema. Quizá podría citarse la STC 183/1988, de 13 de octubre (apartado 1º del fallo), que declara inconstitucional la referencia contenida en un precepto al "Consejo de Gobierno de la correspondiente Comunidad Autónoma, debiendo entenderse el mandato legal referido a la Comunidad Autónoma, sin previsión de órgano concreto alguno de la misma". Sin embargo, y como veremos, sí existen varias sentencias que, a pesar de su carácter formalmente interpretativo de desestimación, operan en realidad una sustitución de parte del contenido normativo de un precepto, por otro contenido que el Tribunal señala en su fundamentación.

³⁹ Al igual que hemos señalado respecto a las sentencias desestimatorias, hay que señalar ahora que también existen otras decisiones parcialmente estimatorias que no pueden encuadrarse sin dificultad en ninguna de las categorías anteriores. En este grupo habría que citar, en primer lugar, las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto, pero no vinculan a esta declaración la de su nulidad. Este tipo de decisiones ha sido utilizado en alguna ocasión por nuestro Tribunal Constitucional, haciéndose cada vez más frecuente, a partir de la primera decisión de este tipo, que fue la STC 45/1989, de 20 de febrero (apartados 11, 21 y 31 del fallo). Pero también habría que incluir en este grupo toda una serie de pronunciamientos "atípicos" que han sido consecuencia del complejo sistema de distribución de competencias existente en nuestro sistema. Ello ha provocado que, en ocasiones el Tribunal haya señalado, en sentencias que resuelven recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, que un precepto "no es aplicable" en el territorio de una o varias Comunidades Autónomas (por citar sólo algún ejemplo, SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, apartado 2º; 29/1986, de 20 de febrero, apartado B; 330/1994, de 15 de diciembre, apartados 1º y 2º; 118/1996, de 27 de junio, apartado A), 7º); o bien, que "es de aplicación supletoria" o "no es de aplicación directa" en una Comunidad (entre otras muchas, SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, apartado 1º, incisos b y c; 15/1989, de 26 de enero, apartado 1º, inciso b; 133/1990, de 19 de julio, apartado 1º, o 43/1996, de 14 de marzo, apartado 1; aunque este tipo de pronunciamiento tendió a disminuir como consecuencia de la última interpretación de la cláusula de supletoriedad llevada a cabo sobre todo por STC 61/1997, de 20 de marzo); o, con mucha frecuencia, que determinado precepto "no es básico" "no tiene carácter básico" (a título de simple muestra, SSTC 49/1988, de 22 de marzo, apartado 1º y C); 132/1989, de 18 de julio, apartado 41; 118/1996, de 27 de junio, apartados A, 2 y 3; 118/1998, de 4 de junio, apartado 11; 233/1999, de 16 de diciembre, apartado 4º), y otras poste-

inconstitucionalidad sin nulidad, de algún otro modo modulan, matizan o exceptúan parcialmente los efectos propios de esa nulidad.⁴⁰ Algunas de estas sentencias, en especial las que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad o retrasan los efectos de las propias sentencias, son habitualmente consecuencias de situaciones que no pueden resolverse con la tradicional dicotomía, como es el caso de las omisiones legislativas relativas o parciales.⁴¹ Otras veces se trata de evitar la creación de lagunas o vacíos normativos. Pero en el caso español, con frecuencia se afrontan problemas competenciales, derivados en parte de la heterogeneidad y complejidad de nuestro propio sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

c. Clasificación material

Como se ha dicho, la anterior clasificación se basa en un criterio formal, que tiene en cuenta exclusivamente el modo en que el fallo se pronuncia sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto legal impugnado. Pero cabe también una clasificación material, que tenga en cuenta los efectos realmente producidos por el fallo en el *contenido normativo* del precepto cuestionado. Desde esta perspectiva, creo que pueden destacarse algunas ideas:

rios. Cabe apuntar que algunas de estas decisiones podrían considerarse como un tipo especial de sentencias "reductoras" en el que la reducción no afecta tanto al contenido normativo del precepto en sentido estricto, cuanto a su ámbito territorial de aplicación; ello sucede especialmente con las sentencias que declaran que un precepto "no es aplicable" en una o varias Comunidades Autónomas, en ocasiones como consecuencia de su carácter no básico.

⁴⁰ Cabe aportar aquí un ejemplo muy reciente y significativo, como es el de la STC 148/2021, de 14 de julio, apartado 2º, que por remisión a su fundamento jurídico 11 limita notoriamente los efectos hacia el pasado de la sentencia, estableciendo que no pueden ser revisadas las situaciones jurídicas creadas al amparo de las normas declaradas inconstitucionales, pero exceptuando aquellas a las que sea de aplicación el artículo 40.1 *in fine* de la LOTC, es decir, las posibles penas o sanciones impuestas con base en la norma declarada parcialmente inconstitucional. Del mismo modo, se limitan expresamente las posibilidades de fundar una reclamación de responsabilidad patrimonial de las administraciones en el propio fallo del TC.

⁴¹ He trabajado más ampliamente esta cuestión en Díaz Revorio, Francisco Javier, "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho Comparado europeo", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 61, enero-abril 2001, pp. 81 y ss.

- En primer lugar, y como criterio de material general, puede afirmarse que toda sentencia que no es de desestimación pura, es de estimación parcial, pues todo lo que no sea afirmar la conformidad constitucional del precepto impugnado, implica un reproche al mismo desde la perspectiva de su adecuación a la Constitución, y por tanto supone, al menos en parte (aunque acaso sólo de forma implícita) la afirmación de que dicha adecuación constitucional no se produce, y de que hay, por tanto, una parte del precepto que es inconstitucional.⁴²
- En particular, todas las sentencias interpretativas son materialmente de estimación parcial, ya que entienden que al menos una entre las varias interpretaciones posibles de un texto legal (o incluso, todas menos una), es contraria a la Constitución; o bien, en un sentido más amplio, que parte del contenido normativo, derivado conjunta o alternativamente de dicho texto, es inconstitucional. Por ello he afirmado que el fallo de una sentencia interpretativa debería ser *siempre* formalmente de estimación,⁴³ señalando que el precepto "es inconstitucional si se interpreta..." o "es inconstitucional, salvo que se interprete..." o "es inconstitucional, en la parte en que..." o "en cuanto...", o "en la medida en que...", etc.
- Como consecuencia de lo anterior, todas las sentencias que formalmente son interpretativas de desestimación, materialmente son interpretativas de estimación en sentido amplio. Con frecuencia, estas sentencias rechazarán una o varias (o todas menos una) entre las interpretaciones que pueden derivar alternativamente de un

⁴² Todo ello, dejando de lado lo que pueden considerarse meros comentarios o valoraciones que a veces el Tribunal añade a una declaración de constitucionalidad, en tanto no supongan condicionamiento o matización a la misma. Por ejemplo, no dejan de ser sentencias de desestimación las que, declarando plenamente la conformidad constitucional del precepto, realizan un llamamiento al legislador para que lo modifique porque ello es conveniente desde determinada perspectiva, o avisan de que eventualmente, en el futuro, el precepto podría devenir inconstitucional. En todos los demás casos que sí suponen un reproche actual a la constitucionalidad (sentencias interpretativas, manipulativas, inconstitucionalidad sin nulidad, apelación al legislador cuando se señala la inconstitucionalidad, etc.) hay materialmente inconstitucionalidad parcial.

⁴³ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas...*, op. cit., p. 162.

texto, es decir, que serán materialmente interpretativas y estimatorias en el sentido más estricto. Pero también hay casos relativamente frecuentes de sentencias interpretativas formalmente desestimatorias, que "encubren" en realidad pronunciamientos materialmente reductores,⁴⁴ aditivos⁴⁵ o sustitutivos,⁴⁶ o que en realidad van más allá de la mera opción entre interpretaciones alternativas que correspondería llevar a cabo a una sentencia interpretativa, procediendo a una alteración del sentido normativo (en este sentido he hablado de pronunciamientos ultrainterpretativos o de "desactivación"⁴⁷). También podemos encontrar sentencias formalmente aditivas que contienen en realidad un pronunciamiento materialmente reductor.⁴⁸ Incluso encontramos en ocasiones pronunciamientos meramente desestimatorios en la

⁴⁴ Pueden encontrarse varias decisiones de este tipo, aunque es cierto que en ocasiones resulta difícil precisar si los efectos sobre el contenido normativo son reductores, o simplemente se está eligiendo una entre varias interpretaciones alternativas (en realidad, ambas circunstancias podrían producirse simultáneamente). Por citar algún ejemplo de sentencias materialmente reductoras, a pesar de su carácter formalmente interpretativo desestimatorio: STC 50/1999, de 6 de abril (apartado 21 del fallo), o 233/1999, de 16 de diciembre (apartado 21); también puede destacarse la STC 56/1990, de 29 de marzo, que es materialmente reductora, y al tiempo sustitutiva, o algunos de los pronunciamientos de la STC 31/2010, de 28 de junio (apartado 3º del fallo en sus referencias a los fundamentos jurídicos 61, 69, 111).

⁴⁵ Así sucede, entre otros ejemplos, con la STC 74/1987, de 25 de mayo, o incluso con la STC 233/1999, de 16 de diciembre, en el apartado 31 de su fallo. En cualquier caso, conviene señalar que, en un sentido más amplio, muchas de las sentencias interpretativas desestimatorias tendrían un cierto carácter aditivo, ya que muchas veces la interpretación elegida supone una concreción o especificación que de alguna manera "añade algo a lo estrictamente señalado por la ley; un buen ejemplo de ello estaría constituido por la STC 76/1996, de 30 de abril. De ahí la dificultad para precisar cuándo una sentencia es materialmente aditiva, ya que en algunos casos lo que se "añade" es un requisito o una "precisión" no previstos en la ley. Aunque hay supuestos en los que claramente puede apreciarse la ampliación del contenido normativo (bien en los supuestos de aplicación, o bien en las consecuencias jurídicas). Uno de estos supuestos "claros" es, a mi juicio, la primera de las sentencias citadas en esta nota.

⁴⁶ En mi opinión, ejemplos de este tipo serían las SSTC 10/1982, de 23 de marzo (apartado 1º inciso c del fallo), o 56/1990, de 29 de marzo (apartado 1º, inciso b del fallo, que como ya hemos apuntado es materialmente sustitutivo y reductor en su referencia al f. j. 13, b).

⁴⁷ Me he referido al tema en Díaz Revorio, Francisco Javier, "La tipología de los pronunciamientos en la STC 31/2010. Sus efectos sobre el estatuto catalán y otras normas del ordenamiento vigente", en *Revista catalana de dret públic*, núm. 43, 2011, pp. 53-86. En la citada sentencia encuentro varios pronunciamientos de este tipo.

⁴⁸ Podrían citarse en este sentido las SSTC 113/1989, de 22 de junio, o 158/1993, de 6 de mayo, cuyo fallo adopta una forma similar al de las sentencias propiamente aditivas, pero que producen un efecto reductor sobre el contenido normativo del precepto cuestionado.

forma, pero que encierran interpretaciones que de algún modo "corrigen" el precepto impugnado, imponiendo una interpretación diferente de la literal o de la más obvia. En este sentido he hablado de sentencias pseudo desestimatorias o interpretativas encubiertas.⁴⁹

En consecuencia, tiene utilidad una clasificación *material* de las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad, que podría ser la siguiente:

1. Sentencias de desestimación pura: son las que desestiman el recurso o cuestión, sin rechazar ninguna interpretación de la ley, ni modificar o alterar su contenido normativo.

2. Sentencias materialmente de estimación parcial: son todas las demás (ya que, como se ha dicho, y en cierto sentido resulta obvio, *toda sentencia que no es de desestimación total sí lo es de estimación parcial*) y que comprenderían, a su vez:

2.1. Sentencias interpretativas en sentido estricto: aquellas que (con independencia de que su fallo sea *formalmente* estimatorio o desestimatorio) "eligen", entre las varias interpretaciones de un precepto, aquella o aquellas conformes a la Constitución, o "descartan" la o las inconstitucionales.

2.2. Sentencias materialmente manipulativas: grupo comprendido por aquellas decisiones que (de nuevo con independencia de cuál sea *formalmente* el sentido de su fallo) entienden que el contenido normativo derivado *conjuntamente* del precepto es en parte inconstitucional y, al afirmar dicha inconstitucionalidad, proceden a reducir, ampliar o sustituir dicho contenido normativo. Dentro de este grupo estarían: a) sentencias

⁴⁹ Díaz Revorio, Francisco Javier, "La tipología de los pronunciamientos...", *op. cit.*, pp. 67 y ss.

materialmente reductoras; b) sentencias materialmente aditivas; c) sentencias materialmente sustitutivas.

2.3. Otras sentencias materialmente estimatorias: grupo que englobaría todos los demás supuestos en los que el Tribunal realiza materialmente un reproche a la constitucionalidad del precepto, esté o no acompañado de una declaración de nulidad total o parcial.

Interesa destacar que, desde este punto de vista material, incluso es posible encontrar sentencias cuyo fallo es formalmente de desestimación pura, pero cuyos efectos sobre el contenido normativo del precepto son realmente de inconstitucionalidad, bien por su carácter interpretativo, manipulativo o similar. A mi juicio, un buen ejemplo de lo que digo es (entre otros muchos que podrían señalarse) la sentencia 176/1999, de 30 de septiembre, ya que, a pesar de que formalmente esta sentencia procede a desestimar el recurso planteado, en realidad señala cuál debe ser la interpretación del precepto conforme a la Constitución; y esta interpretación reduce el contenido normativo que parece derivar de la literalidad del precepto, con lo que la decisión podría considerarse incluso como materialmente interpretativa-reductora.⁵⁰

E. Conclusiones

España tiene un sistema de justicia constitucional propio, pero influido por antecedentes como el alemán, el italiano, o el propio de nuestra Segunda República. En líneas generales, los problemas que se plantean respecto a las sentencias constitucionales no son muy diferentes a los de los países de nuestro entorno: cuestiones relativas a los efectos de las sentencias, incluyendo los efectos temporales y la necesidad de dar respuesta

⁵⁰ Como ya se ha apuntado, otro ejemplo en esta línea se encuentra en alguno de los pronunciamientos de la STC 31/2010, de 28 de junio, apartado 3º. En mi citado trabajo "La tipología de los pronunciamientos en la STC 31/2010...", cit., se incorpora un cuadro final (pp. 82-83), en cuya última columna se apuntan varios pronunciamientos materialmente reductores, a pesar de que se contienen en un fallo formalmente interpretativo desestimatorio.

a diversas situaciones (por ejemplo, omisiones legislativas, problemas de aplicación territorial de la norma, ambigüedades...) que no pueden afrontarse con la sencilla tipología derivada del modelo kelseniano constitucionalidad-inconstitucionalidad.

Desde luego, la CE y la LOTC ofrecen alguna respuesta básica a algunos de estos problemas, en especial, los relativos a la sentencia y sus efectos. Así, hay una proclamación general de efectos *erga omnes* y de cosa juzgada, aplicables a las sentencias recaídas en los procesos sobre la constitucionalidad de la ley. Y también una equiparación básica entre inconstitucionalidad y nulidad, que implica efectos generalmente retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad, aunque la ley prevé también algunas excepciones en el artículo 40.1 de la LOTC.

Lo anterior, sin embargo, no es óbice para que queden algunos aspectos significativos pendientes de interpretación, lo que ha provocado debates doctrinales sobre algunas cuestiones concretas, como el alcance específico de esos efectos generales (¿el fallo, la *ratio decidendi*, toda la sentencia?, ¿sólo las sentencias estimatorias u otras?), del efecto de cosa juzgada o el de la vinculación de jueces o tribunales a las sentencias del Tribunal Constitucional, derivada del artículo 5.1 LOPJ. Pero estos problemas interpretativos, más o menos comunes en los distintos sistemas de justicia constitucional, no son el mayor problema para la legitimidad de la actuación del TC. Sucede que, como en otros sistemas, a veces ha sido necesario matizar o incluso suprimir todo efecto hacia el pasado de la declaración de inconstitucionalidad, recurriendo a la inconstitucionalidad sin nulidad, o a pronunciamientos más matizados sobre los efectos temporales de la sentencia, individualizando qué parte de esos efectos se pueden desplegar hacia situaciones pasadas. Y, también al igual que en otros sistemas, la tipología de las sentencias sobre la constitucionalidad de la ley se ha ido ampliando en la práctica, por la propia insuficiencia de la dicotomía clásica para afrontar multiplicidad de situaciones. En este contexto, las sentencias interpretativas (formalmente desestimatorias casi siempre) se han convertido en una práctica bastante frecuente, y tampoco

han faltado sentencias manipulativas en sus distintas vertientes. También se encuentran pronunciamientos más específicos, que matizan el ámbito territorial de aplicación de una norma, o los que no afectan al contenido de la norma, sino a su rango o carácter (así, determinados fallos señalan que una ley o precepto pierde el carácter orgánico o su carácter básico respecto de las Comunidades Autónomas, debido a que el legislador no respetó la Constitución al otorgarle ese carácter).

Pero, así como todo lo anterior —excepto las peculiaridades que derivan de nuestro sistema de fuentes o de nuestro reparto competencial— es algo más o menos común en todo sistema de justicia constitucional, por la propia necesidad de adaptarse a las situaciones reales, lo que supone a mi juicio un problema mayor y más bien específico en España es la falta de reformas que den acogida a este tipo de soluciones. En efecto, por ejemplo, en Austria se dio cobertura jurídica a la posibilidad de retrasar los efectos de la sentencia, estableciendo incluso un plazo. Hace décadas se reformó en Alemania la legislación del Tribunal Constitucional Federal para prever, junto a la nulidad y a la compatibilidad con la Constitución, los llamados pronunciamientos de "mera incompatibilidad", es decir, la inconstitucionalidad sin nulidad. En España, aunque el importante proyecto de ley que dio origen a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo —acaso la más importante reforma de la LOTC— incluyó expresamente la posibilidad de utilizar este tipo de fórmulas, en la tramitación parlamentaria se suprimieron esos intentos de reforma y nunca más se ha intentado recuperar esas fórmulas. Por ello, en puridad, fórmulas frecuentemente utilizadas por el Tribunal resultan ilegales, o como mínimo alegales (ya se ha explicado por qué la inconstitucionalidad sin nulidad contradice inequívocamente lo dispuesto en el artículo 39.1 de la LOTC).

En cuanto a la variada tipología de sentencias interpretativas y manipulativas, éstas tampoco tienen ninguna cobertura específica. Aunque en algunos casos podría entenderse que su legitimidad deriva, como hemos apuntado, de la posibilidad de proceder a declarar la inconstitu-

cionalidad parcial de la norma, en todo caso su uso debería ser excepcional y extraordinariamente cauteloso. Y creo sinceramente que no lo ha sido, ni lo es hoy. Al contrario, las sentencias interpretativas formalmente desestimatorias se han extendido más allá de lo deseable, y peor aún es la frecuente práctica de lo que he llamado sentencias pseudo desestimatorias, o interpretativas encubiertas, en las que, en una sentencia puramente desestimatoria, se reinterpretan determinados preceptos legales, a veces forzando de forma bastante notoria su literalidad y sin reflejar esto en el fallo. Estas actuaciones, como las que he llamado sentencias ultrainterpretativas, pese a que suelen revestirse de un propósito de deferencia que obligaría a salvar (aunque sólo formalmente) la constitucionalidad siempre que exista la menor posibilidad de hacerlo, en la práctica suponen no pocas veces una manipulación del contenido normativo del precepto, encubierta en una sentencia estimatoria, y desde el punto de vista de la legitimidad de la actuación del Tribunal, y de sus relaciones con el legislador, me resultan más problemáticas que cualquier decisión simplemente estimatoria, ya que ocultan una alteración de la obra del legislador que suele ir más allá de lo que el Tribunal puede hacer en una declaración de inconstitucionalidad.

En fin, varios problemas importantes afectan al Tribunal Constitucional español (retraso en las renovaciones de los magistrados, retraso en sus sentencias, acusaciones de vinculación de los magistrados con los partidos políticos proponentes). En cuanto al tipo de sentencias que utiliza en los procesos de constitucionalidad, puede que la situación no sea muy diferente a la de otros tribunales constitucionales, pero la falta de cobertura constitucional y legal para demasiadas de las cosas que hace (incluyendo también el saltarse los plazos legales) crea un problema de falta de legitimidad mucho mayor que el que existiría si se previera la adopción de esos tipos de fallos, cuando sea necesario. Si a ello unimos una utilización abusiva de algunos tipos intermedios y de fallos formalmente desestimatorios que encubren el mismo tipo de operaciones, encontraremos que el Tribunal, a pesar de su incuestionable legitimidad y de su gran labor en la interpretación y desarrollo de la Constitución durante más de cuarenta años, tiene problemas serios.

F. Bibliografía

- Albertí Rovira, Enoch, y Pérez Tremps, Pablo (coords.), *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.
- Almagro Nosete, José, *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1989.
- Aragón reyes, Manuel, "El sistema español de justicia constitucional", en M. Aragón Reyes y J.J. Solozábal, *Materiales de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Carperi, 1984.
- Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- Bassols Coma, Martín, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República. La primera experiencia de justicia constitucional en España*, Madrid, BOE, 2010.
- Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1982.
- Caamaño Domínguez, Francisco, *et al. Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2a. ed., Madrid, McGraw Hill, 2000.
- Corzo Sosa, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- Díaz Revorio, Francisco Javier, "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho Comparado europeo", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, enero-abril de 2001.

_____, "La tipología de los pronunciamientos en la STC 31/2010 sus efectos sobre el estatuto catalán y otras normas del ordenamiento vigente", en *Revista catalana de dret públic*, núm. 43, 2011.

_____, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, México, Porrúa, 2011.

_____, "Tribunal constitucional y procesos constitucionales en España: algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007", en *Estudios Constitucionales*, año 7, número 2, 2009.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1983.

Jiménez Campo, Javier, "Qué hacer con la ley inconstitucional", en VV. AA., *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Madrid, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

Latorre Segura, Ángel y Díez-Picazo, Ignacio, "Tribunal Constitutionnel espagnol", en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. III, 1987.

López Guerra, Luis, "Tribunal Constitucional y creación judicial de Derecho", en E. Espín y F. J. Díaz Revorio (coords.), *La Justicia constitucional en el Estado democrático*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

Montoro Puerto, Manuel, *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Madrid, Colex, 2 vols., 1991.

Oliver Araujo, Joan, *El recurso de amparo*, Palma de Mallorca, Universidad de las Islas Baleares, 1986.

Pérez Royo, Javier, *Las fuentes del derecho*, 3ª ed., Madrid, 1986.

_____, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988.

Pérez Tremps, Pablo, *El recurso de amparo*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

_____, *Los procesos constitucionales. La experiencia española*, Lima, Palestra, 2006.

_____, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

Pibernat Domenech, Xavier, "La sentencia constitucional como fuente del Derecho", en *Revista de Derecho Político*, núm. 24, 1987.

Punset Blanco, Ramón, "Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes", en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Rubio Llorente, Francisco, "Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional", en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2a. ed., 1997.

_____, "El recurso de amparo", en F. Rubio Llorente y J. Jiménez Campo, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998.

Rubio Llorente, Francisco y Aragón Reyes, Manuel, "La jurisdicción constitucional", en A. Pedrieri y E. García de Enterría (dirs.),

La Constitución española de 1978. Estudio sistemático, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1981.

Santos Vijande, Jesús María, *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*, Granada, Comares, 1995.

Sospedra Navas, Francisco José, *Justicia Constitucional y procesos constitucionales*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2011.

Vidal Marín, Tomás, *La impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas prevista en el artículo 161.2 de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

VV.AA., "Encuesta sobre la renovación del Tribunal Constitucional", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2010.

26. Las decisiones constitucionales del Consejo Constitucional francés

Guillaume Tusseau*

(Traducción de María de la Concepción Vallarta Vázquez)

* Profesor de derecho público en la Escuela de derecho de Sciences Po, París. Miembro del Instituto universitario de Francia. Antiguo miembro del Consejo Superior de la Magistratura.

SUMARIO: A. Introducción. B. Integración del Consejo Constitucional. C. Competencias del Consejo Constitucional en relación con el control de constitucionalidad de leyes. D. Tipos de sentencias constitucionales previstas por la Normativa. E. Tipología de las sentencias constitucionales en la práctica jurisprudencial del Consejo Constitucional. I. Declaración de constitucionalidad. II. Declaración de inconstitucionalidad. III. Divisibilidad (o separabilidad) y conectividad. IV. Inconstitucionalidad sin censura V. Reservas de interpretación. VI. Modulación de los efectos temporales de las decisiones. F. Efectos de las sentencias constitucionales. I. Representaciones del Consejo Constitucional. II. Efectos internos de las decisiones. III. Efectos externos de las decisiones. G. Sentencias constitucionales e interacciones institucionales. H. Fuentes de consulta para la información general sobre el Consejo Constitucional francés.

A. Introducción

1. La creación del Consejo Constitucional por la Constitución del 4 de octubre de 1958 parece ser una revolución en el marco de un Estado caracterizado por una fuerte tradición centrada en leyes. Hostil a cualquier control judicial de la voluntad del legislador, entendido como una expresión de la voluntad general, la historia constitucional francesa ha explorado diversas formas de control político de la constitucionalidad.¹ Sin embargo, en su discurso de presentación del proyecto de constitución al Consejo de Estado, el 27 de agosto de 1958, el primer ministro Michel Debré insistió en la necesidad de una ruptura al respecto. Según él:

Finalmente, era necesario suprimir esta arbitrariedad parlamentaria que, con el pretexto de la soberanía, no de la nación (que es

¹ Tusseau G., "El control político de constitucionalidad en Francia" (trad. cast. Garza Castillo, M.), en Prado Maillard J.L. (ed.), Figueruelo Burrieza, Á., Enríquez Fuentes, G.J. y Núñez Torres, M. (dir.), *El control político en el Derecho comparado*, Granada, Comares, 2010, 163 p., pp. 31-50.

justa), sino de las asambleas (que es falaz), cuestionaba sin límites el valor de la Constitución, la de la ley y la autoridad de los gobiernos.

La creación del Consejo Constitucional manifiesta el deseo de subordinar la ley, es decir, la voluntad del Parlamento, a la regla superior promulgada por la Constitución. No está en el espíritu del sistema parlamentario, ni en la tradición francesa, dar a la justicia, es decir, a cada justiciable, el derecho a examinar el valor de la ley. El proyecto, por tanto, imaginó una institución particular a la que solo pueden acercarse cuatro autoridades: el Presidente de la República, el Primer Ministro, los dos presidentes de asambleas. A este consejo se le dieron otras atribuciones, en particular el examen del reglamento de las asambleas y el juicio de las elecciones impugnadas, con el fin de hacer desaparecer el escándalo de las invalidaciones partidistas. La existencia de este consejo y su propia autoridad, representan una gran y necesaria innovación. La Constitución crea así un arma contra la desviación del sistema parlamentario.

De hecho, después de más de sesenta años de aplicación, la Constitución de 1958, especialmente bajo la égida del Consejo Constitucional, dio un nuevo rumbo al constitucionalismo francés.² Tras hacer de la Constitución un conjunto de normas que en adelante podrían ser sancionadas por un juez, el derecho constitucional francés se ha convertido en "verdadero derecho".³ Verdaderamente obligatorio, también se ha convertido en una ley viva y ya no fija, enriquecida a lo largo de la jurisprudencia del Consejo Constitucional. Se ha diversificado temáticamente y ha determinado los fundamentos de todas las ramas del orden jurídico.⁴ Los

² Tusseau, G., "The Evolution and Gestalt of the French Constitution", en Von Bogdandy, A., Huber, P.M., Cruz Villalón, P. y Ragone, S. (eds.), *Ius Publicum Europaeum*, Oxford, Oxford University Press, vol. 2, en prensa.

³ Rivero J., "Rapport de synthèse", en Favoreu L. (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, préf. Tunc A., Paris, Economica/Aix-en-Provence/PUAM, coll. "Droit public positif", 1987, pp. 517-529, en 540 pp., pp. 528-529; Avril P., "Enchantement et désenchantement constitutionnels sous la Ve République", en *Pouvoirs*, núm. 126, 2008, pp. 5-16, p. 6.

⁴ Favoreu, L., "Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit", en *Revue française de droit constitutionnel*, núm. 1, 1990, pp. 71-89; Rousseau, D., "Une résurrection, la no-

demás actores, en particular los políticos, integran, por tanto, la jurisprudencia del Consejo en su deliberación, y anticipan la valoración que podría ser la del Consejo si se le sometiera su actuación. En consecuencia, la ciencia del derecho constitucional se ha alineado con el paradigma de la ciencia jurídica normal, cuyo papel consiste principalmente en el comentario y sistematización de las decisiones jurisdiccionales.⁵

2. Francia se ha sumado así a la tendencia, que parece universal, de la constitucionalización del derecho, a la judicialización del constitucionalismo y a la judicialización de la política. Este cambio se ha producido paulatinamente a través de una sucesión de decisiones mediante las cuales, más allá de su sustancia, el Consejo Constitucional ha adquirido progresivamente las herramientas que lo convierten en una autoridad normativa.⁶ Las limitaciones que impone la afirmación, siempre problemática respecto al Consejo Constitucional francés, del estatuto de jurisdicción,⁷ llevan a la institución a desplegar un "arsenal"⁸ de tipos de

tion de constitution", en *Revue du droit public*, 1990, pp. 5-22; Troper M., "Le constitutionnalisme entre droit et politique", en CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, 1993, 310 p., pp. 82-94.

⁵ Tusseau, G., "Le pouvoir des juges constitutionnels", en Troper, M. y Chagnollaud D. (dirs.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 3 vol., 2012, "Suprématie de la Constitution", pp. 169-206, en xxxvi+825 pp.; Tusseau, G., "Les juges constitutionnels comme autorités normatives: éléments d'une taxonomie des sentences constitutionnelles", en Grandjean, G. y Wildemeersch, J. (dirs.), *Les juges: décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, préf. Martens, P., Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 169-196, en 371 pp. Sur la théorie générale des décisions constitutionnelles, v. p. ex. Favoreu L., "La décision de constitutionnalité", en *Revue internationale de droit comparé*, vol. 38, 1986, pp. 611-633; Gozaini, O.A., *Teoría de la sentencia constitucional*, México, Porrúa, col. Biblioteca Porrúa de derecho procesal constitucional, vol. 114, 2015, xiv+346 pp.

⁶ Tusseau, G., "Le pouvoir des juges constitutionnels", en Troper, M. y Chagnollaud D. (dirs.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, vol. 3, "Suprématie de la Constitution", pp. 169-206, xxxvi+825 pp.; Tusseau G., "Les juges constitutionnels comme autorités normatives: éléments d'une taxonomie des sentences constitutionnelles", en Grandjean G., Wildemeersch J. (dir.), *Les juges: décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, préf. Martens P., Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 169-196, 371 pp. Sur la théorie générale des décisions constitutionnelles, v. p. ex. Favoreu L., "La décision de constitutionnalité", en *Revue internationale de droit comparé*, vol. 38, 1986, pp. 611-633; Gozaini O.A., *Teoría de la sentencia constitucional*, México, Porrúa, col. Biblioteca Porrúa de derecho procesal constitucional, vol. 114, 2015, xiv+346 pp.

⁷ p. ex. Waline, M., "Préface de la première édition" [1975], en Favoreu, L. y Philip L. (dirs.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 16a éd., Paris, Dalloz, coll. Grandes décisions, 2011, pp. xiii-xviii, en xxxi+591 pp.; Luchaire, F., "Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction?", en *Revue du droit public*, 1979, pp. 27-52; Rousseau, D., "Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction?", *Cahier des écoles doctorales de la Faculté de droit de Montpellier*, mars 2000, p. 313.

⁸ Tusseau, G., "Remarques sur l'arsenal des juges constitutionnels. A propos de l'arme ultime de la substitution aux autorités politiques", en Bagni, S., Figueroa, G.A. y Pavani, G. (coords.), *La ciencia*

decisiones que sin duda la acercan a otras jurisdicciones constitucionales. Tras una rápida presentación de la composición del Consejo Constitucional (II) y de sus competencias (III), se analizarán estas diversas formas de impartir justicia constitucional en Francia como resultado de los textos que organizan el control de constitucionalidad (IV), así como la práctica desarrollada por el juez constitucional (V). A partir de numerosos ejemplos, se expondrán sus efectos en todo el sistema constitucional (VI), y su justificación en términos de la metodología del estudio de la justicia constitucional un alegato a favor de la asociación del derecho procesal constitucional, por una parte, y la *political jurisprudence*, por la otra (VII).

B. Integración del Consejo Constitucional

3. De acuerdo con el artículo 56 de la Constitución:

El Consejo Constitucional estará compuesto por nueve miembros, cuyo mandato durará nueve años y no será renovable. El Consejo Constitucional se renovará por tercios cada tres años. Tres de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado. El procedimiento previsto en el último párrafo del artículo 13 [pouvoir de veto des commissions de l'Assemblée nationale et du Sénat à la majorité des 3/5] será aplicable a estos nombramientos. Los nombramientos realizados por el Presidente de cada Cámara serán sometidos únicamente al dictamen de la comisión permanente competente de la Cámara correspondiente.

Además de los nueve miembros arriba mencionados, los ex-Presidentes de la República serán miembros vitalicios de pleno derecho del Consejo Constitucional.

El Presidente será nombrado por el Presidente de la República. Tendrá voto de calidad en caso de empate.

del derecho constitucional comparado. Libro homenaje a Lucio Pegoraro, México, Tirant lo Blanch, vol. 2, 2017, pp. 1615-1648, en 1694 pp.

Los miembros del Consejo son inamovibles, y sólo el propio Consejo puede declarar su dimisión automática, en un número limitado de circunstancias (artículos 10 y 11 de la OLOCC).

4. A pesar de algunas aclaraciones sobre las incompatibilidades de los miembros del Consejo Constitucional (con las funciones de miembro del Gobierno, miembro del Parlamento, miembro del Consejo Económico, Social y Ambiental, Defensor de derechos, con el ejercicio de cualquier mandato electoral, con el ejercicio de cualquier función pública y cualquier otra actividad profesional o asalariada, así como con el ejercicio de la profesión de abogado), ni la Constitución, ni la ordenanza No. 58-1067 del 7 de noviembre de 1958 sobre la Ley Orgánica del Consejo Constitucional, ni finalmente el decreto No. 59-1292 del 13 de noviembre de 1959 sobre las obligaciones de los miembros del Consejo Constitucional no son muy controvertidos sobre las condiciones requeridas para ser nombrados. De hecho, no se requiere competencia jurídica, acreditada por un título o el ejercicio de una profesión durante un mínimo de años. Sumado al método de nombramiento, que sólo involucra a las autoridades políticas, esta organización es frecuentemente criticada por llevar a nombramientos puramente políticos de personas que no son necesariamente las más capaces de hacer justicia constitucional.⁹

5. Sin ser infundadas, estas observaciones deben, sin embargo, ser matizadas. Por un lado, de hecho, la mayoría de las personas nombradas en el Consejo Constitucional no carecen de conocimientos jurídicos, ya hayan sido profesores de derecho, magistrados o funcionarios de asambleas parlamentarias. Por otro lado, desde el punto de vista de su calidad epistémica, resulta apropiado que la decisión judicial no sea monopolio de los juristas. Si bien los jueces constitucionales son frecuentemente

⁹ Wachsmann, P., "Sur la composition du Conseil constitutionnel", en *Jus politicum*, No. 5, 2010. Disponible en «<http://juspoliticum.com/article/Sur-la-composition-du-Conseil-constitutionnel-294.html>».

llamados a decidir sobre cuestiones políticas, económicas, sociales y éticas serias, la coherencia de su formación puede constituir un obstáculo para la calidad de su razonamiento.¹⁰ Por ello, autores como Adrian Vermeule insisten en el valor de una pluralidad de conocimientos especializados dentro de las jurisdicciones, ya sea a través de jueces con formación dual, o a través de jueces "seculares".¹¹ Desde este punto de vista, la elección del Constituyente francés puede estar justificada. Sin embargo, según las circunstancias políticas, es posible que una tendencia específica domine claramente los nombramientos del Consejo Constitucional. Por ejemplo, la derecha estuvo en el origen de todos los nombramientos hasta 1983. Éste fue nuevamente el caso de 1995 a 1997, luego entre 2002 y 2012. En esta fecha, es por el contrario la izquierda la que ha tenido los tres derechos de nominación, antes de perderlos.

C. Competencias del Consejo Constitucional en relación con el control de constitucionalidad de las leyes

6. El Consejo Constitucional no ejerce una competencia general para garantizar la supremacía de la Constitución. Como afirmó desde sus primeros años de funcionamiento, "la Constitución delimitó estrictamente la competencia del Consejo Constitucional; [...] Este último sólo puede ser convocado para pronunciarse o emitir opinión en los casos y en los términos y condiciones que haya fijado" (resolución núm. 61-1 AUR, cons. 1). Sus misiones se dividen en cuatro categorías principales.

7. La primera de sus tareas es supervisar las consultas electorales más importantes. Contribuye también a la organización de elecciones legislativas y presidenciales, así como a referendos (artículos 58 a 60 C; artículos

¹⁰ Tusseau, G., *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, Lextenso, núm. 384 et n° 521 et s., 2021, 1452 pp.

¹¹ Vermeule, A., *Law and the Limits of Reason*, Oxford, Oxford UP, 2009, p. 211.

32 a 51 de la OLOCC; Ley No. 62-1292 de 6 de noviembre de 1962 relativa a la elección del Presidente de la República por sufragio universal). Asegura el buen funcionamiento de las operaciones, anuncia los resultados y maneja cualquier disputa que pueda surgir. El Consejo también decide la cuestión de las incompatibilidades entre un mandato parlamentario y otras actividades, así como la incapacidad temporal o permanente del Presidente de la República (artículo 7 C; artículo 31 de la OLOCC).

8. La segunda misión del Consejo es emitir opiniones. Se consulta especialmente cuando el Presidente de la República considera necesario hacer uso de las facultades excepcionales del artículo 16 de la Constitución. También emite dictámenes sobre las medidas adoptadas en este contexto por el Jefe de Estado. A solicitud del Presidente de la Asamblea Nacional, del Presidente del Senado, de sesenta diputados o senadores, también podrá decidir si se cumplen las condiciones para el ejercicio de estas facultades (artículos 52 a 54 de la OLOCC).

9. La tercera de sus misiones está vinculada a la racionalización del parlamentarismo. De hecho, la Constitución de 1958 limita el ámbito de la legislatura a un cierto número de áreas (artículo 34 C). De acuerdo con el artículo 37 C, "Tendrán carácter reglamentario todas las materias distintas de las pertenecientes al ámbito de la ley." En consecuencia, si un texto legislativo adoptado con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución invade el ámbito de competencia del legislador, no podrá ser modificado por decreto hasta que el Consejo Constitucional haya constatado que el texto en cuestión se encuentra en el ámbito reglamentario. La degradación resultante no deroga la disposición en cuestión, pero ahora autoriza al Primer Ministro a modificarla (artículos 24 a 26 de la OLOCC). Las autoridades de las colectividades extranjeras pueden invocar un procedimiento similar para salvaguardar sus poderes contra la intrusión de las autoridades metropolitanas. Para preservar la separación de poderes, el Consejo también podrá ser llamado a determinar a qué ámbito pertenece una disposición si, durante el procedimiento legislativo,

el gobierno y el presidente de una de las cámaras del Parlamento se oponen al tema en cuestión (artículo 41 C; artículos 27 a 29 de la OLOCC). De acuerdo con el artículo 39 C, el Consejo también puede determinar, en caso de desacuerdo entre el gobierno y el Parlamento, si un proyecto de ley respeta las condiciones determinadas por la ley orgánica No. 2009-403 de 15 de abril de 2009 relativa a la aplicación de artículos 34-1, 39 y 44 de la Constitución sobre legislación (ver también artículo 26-1 de la OLOCC).

10. La última función del Consejo Constitucional, característica de la concepción contemporánea de justicia constitucional, consiste en controlar la vigencia de las normas. Según la sección 54 C:

Si el Consejo Constitucional, requerido por el Presidente de la República, por el Primer Ministro, por el Presidente de cualquiera de las dos Cámaras o por sesenta diputados o por sesenta senadores, declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificar o aprobar el referido compromiso internacional sólo podrá otorgarse previa reforma de la Constitución.

Su tarea más significativa en términos de la cultura jurídica francesa no es otra que el control de las normas legislativas.

11. El parámetro de control va más allá del texto constitucional estrictamente entendido y se extiende al "bloque de constitucionalidad".¹² En la Decisión No. 70-39 DC y la más famosa decisión No. 71-44 DC sobre libertad sindical, el Consejo hizo del preámbulo de la Constitución una fuente de normas constitucionales. En la medida en que este preámbulo

¹² Favoreu, L., "Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel", en *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, av.-prop. Waline M., Paris, Éditions Cujas, 1975, pp. 33-48. en x+467 pp.; Favoreu, L., "El bloque de constitucionalidad", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 5, 1990, pp. 45-68; Favoreu, L., "Bloc de constitutionnalité", en Duhamel O. y Mény, Y. (dirs.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, pp. 87-89, en 1112 pp.

menciona el apego del pueblo francés a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, confirmada y complementada por el preámbulo de la Constitución de 1946, estos dos textos también han adquirido valor constitucional. Los derechos fundamentales civiles y políticos de primera generación, así como los derechos económicos y sociales de segunda generación, se sitúan, por tanto, en la cima de la jerarquía de normas.

Debido a que el preámbulo de 1946 utiliza la frase "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República", esta categoría indefinida también ha sido constitucionalizada. Permitió al Consejo identificar principios constitucionales no escritos, como la independencia de los tribunales (sentencia No. 80-119 DC, cons. 6), la libertad sindical (sentencia No. 71-44 DC, cons. 2), la jurisdicción del juez administrativo (sentencia No. 86-224 DC, cons. 15), la especificidad de la justicia penal juvenil (sentencia No. 2002-461 DC, cons. 22), etc. El Consejo también identificó otros principios y objetivos de valor constitucional,¹³ como la salvaguarda del orden público (decisión No. 89-261 DC), la búsqueda de perpetradores (decisión No. 2004-492 DC), la posibilidad de tener una vivienda digna (decisiones No. 94-359 DC; 2016-581 QPC), la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal (decisiones No. 99-424 DC; 2013-648 DC; 2016-741 DC; 2015-481 QPC; 2016-614 QPC) o la continuidad de los servicios públicos (79-105 DC). En 2005, la Carta Ambiental se agregó a la lista de parámetros para el control del Consejo. Las leyes orgánicas, que desarrollan disposiciones constitucionales, no tienen en sí mismas valor constitucional. Sin embargo, obligan al legislador ordinario. Por el contrario, el Consejo Constitucional se negó a hacer prevalecer el derecho internacional sobre la legislación (sentencia No. 74-54 DC), además de considerar que esta función de control de la convencionalidad de las leyes corresponde al juez ordinario, judicial

¹³ De Montalivet, P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, préf. Verpeaux M., Paris, Dalloz, 2006, pp. xix+680.

(Tribunal de Casación, Sala Mixta, 24 de mayo de 1975, No. 73-13.556) y administrativo (Consejo de Estado, Ass., 20 de octubre de 1989, No. 108243).

12. Los objetos de control se dividen en varias categorías. Los jueces ordinarios pueden verificar la constitucionalidad de los actos administrativos y de las normas privadas. El de las leyes orgánicas y el reglamento interno de las dos cámaras del Parlamento debe ser examinado por el Consejo Constitucional antes de su promulgación o de su implementación. Esto asegura que los poderes constituidos, en particular el Parlamento, no puedan eludir las limitaciones que les impusieron los poderes constituyentes de 1958. En 2008, se instituyó un nuevo caso de control automático *a priori*. Se trata de propuestas legislativas redactadas por una quinta parte de los parlamentarios con el fin de someterlas a referéndum (artículo 11 C). Otras leyes ordinarias podrán ser sometidas opcionalmente al Consejo antes de su entrada en vigor para asegurar su constitucionalidad. Antes de 2008, éste era el único procedimiento para comprobar la validez de una ley. Además, sólo las autoridades constitucionales podrían activarlo. Entre 1958 y 1974, estos fueron el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado.

Los tres primeros pertenecientes al mismo campo político tenían poco interés en acudir al Consejo, por lo que sus decisiones fueron raras. A partir de 1974, sesenta diputados o sesenta senadores pudieron apoderarse del Consejo, lo que permitió así que la oposición le transmitiera más textos.¹⁴ En estos casos, el Consejo tiene un mes, reducido a ocho días en caso de emergencia, para tomar una decisión. El Consejo ha adoptado una visión restrictiva de su propia competencia. Por eso se niega a con-

¹⁴ Association française des constitutionnalistes, *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel. Journée d'études du 16 mars 1994*, Paris, Aix-en-Provence/Economica/PUAM, coll. Droit public positif, 1995, p. 180; Maus, D. y Roux, A. (dirs.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel. Colloque et publication en hommage à Louis Favoreu, 22 octobre 2004 au Conseil constitutionnel*, préf. Mazeaud P., Paris, Aix-en-Provence/PUAM/Economica, 2006, p. 200.

trolar la vigencia de las leyes adoptadas directamente por el pueblo mediante el referéndum (decisión No. 62-20 DC). También se ha abstenido de monitorear la supraconstitucionalidad de las leyes constitucionales (sentencia No. 2003-469 DC), permitiendo así que el Poder Constituyente supere, en caso necesario, sus propias decisiones. Más marginalmente desde un punto de vista cuantitativo, el Consejo también es competente para controlar ciertos actos normativos de las comunidades de ultramar. Las "leyes del país" que puedan ser adoptadas por las autoridades de Nueva Caledonia en campos que normalmente son el dominio de la ley pueden estar sujetas a un control opcional *a priori*.

13. Este sistema de control sólo *a priori* se ha mantenido inalterado durante cincuenta años. En general, se presenta como un funcionamiento satisfactorio, en particular desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, presenta una serie de dificultades. De hecho, los jueces ordinarios están autorizados, a petición de los litigantes ordinarios, para descartar la aplicación de una ley que resulte incompatible con un tratado internacional, mientras que el Consejo Constitucional, que tiene el monopolio de la censura de una ley por violación de la Constitución, sólo puede pronunciarse antes de su promulgación, por un lado, y por iniciativa de un número limitado de actores políticos, por otro. Si una ley escapa a este control, ya no se puede discutir su constitucionalidad. Esto puede deberse al hecho de que la ley fue aprobada antes de la creación del Consejo, al hecho de que el Consejo no fue consultado, o al hecho de que, a pesar de su remisión, la inconstitucionalidad del texto sólo apareció posteriormente, a la luz de sus condiciones de aplicación en la práctica. En 1989 y 1993, el Presidente del Consejo Constitucional, Robert Badinter, que anteriormente había trabajado como ministro de Justicia para permitir el acceso de las personas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, intentó sin éxito promover una revisión de la Constitución.

Esto no tuvo lugar hasta 2008 con el establecimiento de la cuestión prioritaria de constitucionalidad, que corresponde al llamado control "con-

creto" del artículo 100 de la Ley Fundamental alemana. Se han producido dos cambios importantes. En primer lugar, los litigantes pueden cuestionar la validez de la acción de sus representantes. En segundo lugar, una ley promulgada ya no es inmune a las críticas. Concretamente, según el artículo 61-1 C:

Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo determinado.

El parámetro de esta revisión es más estrecho que el del artículo 61, en el sentido de que la cuestión prioritaria de constitucionalidad apunta a proteger los derechos fundamentales y no la totalidad de la norma fundamental. El artículo 23-2 de la OLOCC especifica que el litigante que desee plantear la inconstitucionalidad de una ley deberá establecer, en documento separado, que

1. La disposición impugnada es aplicable al litigio o al procedimiento, o constituye la base del procedimiento;
2. No ha sido ya declarado conforme a la Constitución en las razones y parte resolutive de una decisión del Consejo Constitucional, salvo cambio de circunstancias [de ley, lo que equivale a la apariencia de una inconstitucionalidad surgida por un cambio en el parámetro de control, o de hecho, que podría cambiar el alcance práctico de una disposición constitucional o legislativa];
3. La pregunta no carece de seriedad.

Si el Tribunal considera que se cumplen estas tres condiciones acumulativas, transmite la pregunta a su tribunal supremo, el Tribunal de Casación o el Consejo de Estado que, en un plazo de tres meses, actúa como

segundo filtro. La pregunta se transmite al Consejo Constitucional "en cuanto se cumplan las condiciones previstas en el 1º y 2º del artículo 23-2 y la cuestión sea nueva o tenga carácter grave" (artículo 23-4 de la OLOCC). Una vez remitida la cuestión al Consejo Constitucional, éste dispone de tres meses para pronunciarse, siguiendo un procedimiento contradictorio y con audiencia pública (Normativa interna sobre el procedimiento seguido ante el Consejo Constitucional para cuestiones prioritarias de constitucionalidad). Este rápido procedimiento ha conquistado a los profesionales. Después de diez años de aplicación, se han emitido más de 800 decisiones de QPC de esta manera.

D. Tipos de sentencias constitucionales previstas por la Normativa

14. En general, cabe señalar que tanto la Constitución como la legislación orgánica o jurisprudencia son relativamente lacónicas en cuanto al tipo de decisiones que puede emitir el Consejo Constitucional. Ninguno ofrece una nomenclatura detallada, como la que puede aparecer en estados como Bolivia (artículo 10 CPC) o Rumania (artículo 11.1 de la LCC). Las decisiones se toman por mayoría, siendo el quórum de siete miembros (artículo 14 de la OLOCC) y el Presidente del Consejo tiene voto de calidad en caso de empate (artículo 56 C). No se permiten opiniones separadas.

15. Inspiradas en el estilo del litigio administrativo, las decisiones y opiniones del Consejo Constitucional adoptaron típicamente la siguiente forma:¹⁵

El Consejo Constitucional fue tomado, el [fecha], por [identidad de la autoridad de remisión, nombre de los diputados o senadores]

El Consejo constitucional,

¹⁵ Pour une analyse, v. p. ex. Drago, G., *Contentieux constitutionnel français*, 5a éd., Paris, PUF, 2020, pp. 709-733, en. xxvii+846 pp.; Malhière, F., *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil)*.

Considerando la Constitución;

Vista la ordenanza de 7 de noviembre de 1958 sobre la ley orgánica del Consejo Constitucional, en particular el Capítulo II del Título II de dicha ordenanza;

Habiendo sido escuchado el relator;

Sobre la constitucionalidad de las disposiciones [...]

1. Considerando que el artículo [...] de la ley sujeto al control del Consejo Constitucional decide que [contenido de la disposición];

2. Considerando que [examen de constitucionalidad de la disposición y conclusión sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad]

Decide:

Artículo primero:

La ley [ante el Consejo] se declara [conforme / no conforme] con la Constitución.

Artículo 2:

Esta decisión se publicará en el Diario Oficial de la República Francesa.

Los visados, y luego los motivos en forma de considerandos y la parte resolutive en forma de artículos, fueron redactados en un estilo impersonal en los que los distintos elementos seguían en una sola frase. A partir de la presidencia de Laurent Fabius, se ha modificado la forma en que se redactan las decisiones para facilitar su comprensión. A partir de entonces, el Consejo se expresa en una sucesión de sentencias que, en

litigio *a priori*, indica la autoridad de remisión, los textos, documentos, observaciones e informes a la luz de los cuales se pronuncia el Consejo. A continuación, se presentan las disposiciones impugnadas y los argumentos utilizados en su contra por las demandantes. A continuación, el Consejo entrega su análisis, detallan el parámetro de su control y su aplicación al caso que se decidirá y concluyen que la disposición en cuestión es constitucional o inconstitucional. La decisión finaliza con el mecanismo mediante el cual el Consejo especifica, en forma de artículos, las disposiciones censuradas y las que se ajustan a la Constitución. Siguen los nombres de los miembros del Consejo que participaron, sin especificar la identidad del relator.

16. Como parte de la revisión *a posteriori*, la decisión comienza recordando el origen de la cuestión prioritaria de constitucionalidad ante los jueces ordinarios. En él se exponen los textos utilizados por el Consejo en su análisis, así como las observaciones y documentos presentados ante él. Informa de los alegatos de los abogados de las partes, las observaciones del Primer Ministro, generalmente en defensa de la ley impugnada, y el informe de uno de los miembros del Consejo. Posteriormente se analizan los argumentos de las partes, mediante un recordatorio del texto discutido y los agravios articulados por los demandantes, un enunciado de los parámetros del control y su aplicación al caso que se decidirá y finalizan todo con una conclusión en cuanto a constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la disposición en cuestión. La parte resolutive detalla, en forma de artículos, la decisión del Consejo y precisa las disposiciones inconstitucionales y las condiciones en las que se produce su derogación, las disposiciones constitucionales y las que están sujetas a reserva de interpretación. Siguen los nombres de los miembros del Consejo que han participado, sin especificar la identidad del relator.

17. En su artículo 62, la Constitución define la autoridad de las decisiones del Consejo. En general, según este texto, "Contra las decisiones del Consejo Constitucional no cabrá recurso alguno. Se impondrán a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccio-

nales".¹⁶ Este efecto se puede comparar con una forma de autoridad de cosa juzgada que, más allá de la dimensión emocional de la terminología, no es más que una regulación del campo temporal de vigencia de las normas producidas por las jurisdicciones.¹⁷ Como el Consejo Constitucional aclaró muy pronto, "la autoridad [de sus] decisiones [...] no sólo se atribuye a su mecanismo, sino también a las razones que son el soporte necesario para ellas y constituyen su propio fundamento" (decisión No. 62-18 L). En esto, se suma a una práctica consolidada entre otras jurisdicciones constitucionales.¹⁸ El propio Consejo calificó como cosa juzgada la autoridad de sus decisiones (decisiones No. 87-1026 AN, cons. 2; 88-244 DC, cons. 9; 2000-429 DC, cons. 6; 92-312 DC, cons. 5). Esto se refiere únicamente a las disposiciones acerca de la materia de constitucionalidad sobre las que se ha pronunciado el Consejo, bien porque se tomó de él, bien porque decidió, lo que es hoy más excepcional, abandonarlo de oficio.¹⁹ Por el contrario, las demás disposiciones no gozan de ninguna patente de constitucionalidad y pueden ser criticadas bien con motivo de un control *a priori* relativo a las disposiciones de una nueva ley "que las modifiquen, completen o afecten a su ámbito" (Resolución No. 85-187 DC, cons. 10; luego ver 99-410 DC) o con motivo de un control *a posteriori*.

¹⁶ Sur ce thème, v. p. ex. Bacquet-Bréhant V., *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, préf. Goyard, C., Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 120, 2005, xii+462 pp.; Disant, M., *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, préf. Debré, J.-L. y Gélard P., Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, vol. 135, 2010, xvi+868 pp.; Guillaume, M., "L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel: vers de nouveaux équilibres?", *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, No. 30, 2011, «<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-autorite-des-decisions-du-conseil-constitutionnel-vers-de-nouveaux-equilibres>» (consulté le 1er juin 2021) Ponsard, R., "Questions de principe sur l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel: normativité et pragmatisme", en Mathieu, B. y Verpeaux, M. (dirs.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 29-55, vi+163 pp.; Magnon X., "Sur un pont-aux-ânes ? L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, pour une distinction entre 'autorité' et 'force' de chose jugée", en *Revue française de droit administratif*, 2013, pp. 859-867.

¹⁷ Merkl, A.J., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, Berlin, Springer, 1927, 400 pp.

¹⁸ Tusseau, G., *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, Lextenso, núm. 1422, 2021, 1452 pp.

¹⁹ Bezzina, A.-C., *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, préf. J.-P. Bel, av.-prop. M. Verpeaux, Paris, Dalloz, 2014, xxii+807 pp.

18. De manera más precisa, en materia de control *a priori*, obligatorio u opcional, el mismo artículo 62 C establece que "No podrá promulgarse ni entrar en vigor una disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61". Asimismo, un proyecto de ley destinado a ser sometido a referéndum como parte de una iniciativa compartida (artículo 11 C) y declarado inconstitucional no puede ser objeto de la consulta prevista.

Por el contrario, una declaración de constitucionalidad "pone fin a la suspensión del plazo de promulgación" (artículo 21 de la OLOCC) y lleva al Presidente de la República, en las condiciones fijadas por el artículo 10 C, a promulgar la ley en cuestión.

Si la decisión concluye que el texto es constitucionalmente válido o, por el contrario, inconstitucional, tiene un efecto *erga omnes*. Desde este punto de vista, la ley francesa está separada de la práctica de la mayoría de los otros estados,²⁰ donde el efecto personal de la decisión a menudo depende del resultado de la apelación (*res iudicata secundum eventum litis*).²¹ Por lo general, de hecho, una declaración de inconstitucionalidad realizada en el contexto de una cuestión preliminar conduce a la invalidación *erga omnes* de la norma criticada. Por el contrario, la desestimación del recurso sólo tiene un efecto *inter partes*. Únicamente es válido en lo que respecta al tipo de argumentación desarrollada por las demandantes, tanto en lo que respecta a las disposiciones impugnadas como a los parámetros utilizados.²² Como señala Gustavo Zagrebelsky respecto

²⁰ Tusseau, G., *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, Lextenso, No. 1379 et s., 2021, 1452 pp.

²¹ Machado Martins, P., *La cosa juzgada constitucional*, pról. Núñez Ojeda R., México D.F., Ubijus/Reus, col. Biblioteca Iberoamericana de Derecho, 2017, pp. 155-164, en 270 pp. V. p. ex. Rasson, A., "Valeur de la distinction entre autorité absolue et autorité relative", en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, No. 27, 2011, pp. 593-612.

²² V. p. ex. Martín de la Vega, A., "Reflexiones en torno a las principales posturas doctrinales sobre los límites de la cosa juzgada en el control de constitucionalidad de las leyes", en *Teoría y realidad constitucional*, No. 10-11, 2002-2003, pp. 367-399, p. 370; Martín de la Vega, A., "Sentencia desestimatoria y reversibilidad del pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la ley. Una perspectiva desde el derecho comparado", en Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea, A. (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Consti-

al ejemplo italiano, "mientras que las decisiones que permiten la apelación se pronuncian sobre la ley y declaran su inconstitucionalidad, las decisiones de rechazo sólo se pronuncian sobre la cuestión, [que] declaran infundada".²³ Este último simplemente rechaza los argumentos que las partes o el juez *a quo* plantean para aclarar las dudas que tienen sobre la constitucionalidad de los textos en cuestión. No confieren patente de constitucionalidad a los actos impugnados y de ningún modo excluyen que otro argumento gane la condena del tribunal. Éste no es el caso de Francia.

19. La OLOCC especifica las condiciones bajo las cuales se puede encontrar una inconstitucionalidad simplemente parcial del texto sometido al Consejo Constitucional:

Artículo 22

En los casos en que el Consejo Constitucional declare que la ley que tiene ante sí contiene una disposición contraria a la Constitución e inseparable del conjunto de esta ley, no podrá ser promulgada.

Artículo 23

En el caso de que el Consejo Constitucional declare que la ley que tiene ante sí contiene una disposición contraria a la Constitución sin que al mismo tiempo advierta que es inseparable del conjunto de esta ley, el Presidente de la República podrá promulgar la ley salvo esta disposición, o pedir a las cámaras que lo vuelvan a leer.

En el caso de que el Consejo Constitucional declare que el reglamento parlamentario que le ha sido transmitido contiene una

tucional/Marcial Pons, 2008, t. V, pp. 485-509, en xl+850 pp.; Martín de la Vega, A., *Estudios sobre la eficacia de la sentencia constitucional*, Bogotá/Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002, p. 169.

²³ Zagrebelsky, G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1977, pp. 183-184, en 392 pp.

disposición contraria a la Constitución, esta disposición no podrá ser implementada por la asamblea que la votó.²⁴

Por ejemplo, en la decisión No. 2012-655 DC, se pronunció una censura total de la ley relativa a la movilización de suelo público a favor de la vivienda y el fortalecimiento de las obligaciones para producir vivienda social. Según el Consejo (cons. 2 a 4),

en los términos del primer párrafo del artículo 42 de la Constitución: 'La discusión de los proyectos de ley y propuestas de ley se relaciona, en sesión, con el texto adoptado por la comisión designada de conformidad con el artículo 43 o, en su defecto, con el texto antes de la asamblea'; [...] se desprende de los términos de este artículo que el constituyente ha entendido que, después de su inclusión en el orden del día en las condiciones establecidas por el artículo 48 de la Constitución, la discusión de un proyecto de ley o de un particular se refiere al texto adoptado por la comisión incautada en la aplicación del artículo 43; aplicación del artículo 43 rechazó el texto que se le sometió así como aquel en el que la comisión no se pronunció sobre todos los artículos del texto antes del inicio del examen en sesión;

[...] La comisión permanente del Senado, tomada en virtud del artículo 43 de la Constitución, nombró un relator y se reunió para pronunciarse sobre el proyecto de ley durante la mañana del lunes 11 de septiembre; [...] Se desprende del acta de esta reunión que luego de haber adoptado diversas enmiendas y examinado todos los artículos del texto, esta comisión concluyó sus trabajos esa misma mañana con la adopción de "el proyecto de ley así enmendado"; [...] Sin perjuicio de la aprobación de este proyecto por parte de la comisión permanente competente, el examen del texto en sesión pública que comenzó la noche del 11

²⁴ V. également Conseil constitutionnel, décision No. 85-197 DC. Pour des inconstitutionnalités totales substantielles, v. p. ex. décisions No. 76-75 DC; 77-80/81 DC; 81-132 DC; 86-224 DC; 89-262 DC; 2012-647 DC.

de septiembre se centró en el texto del proyecto de ley ante el Senado; [...] La ley relativa a la movilización de suelo público a favor de la vivienda y el fortalecimiento de las obligaciones de producción de vivienda social no ha sido discutida de conformidad con el primer párrafo del artículo 42 de la Constitución; [...] Se adoptó, por tanto, según un procedimiento contrario a la Constitución;

[...] Sin que sea necesario examinar las demás denuncias, es necesario que el Consejo Constitucional declare contraria a la Constitución la totalidad de la ley relativa a la movilización de suelo público a favor de la vivienda y fortalecimiento de la producción de vivienda social. Obligaciones.

Como la falla procesal afectaba a todo el texto, era inconstitucional en su totalidad.²⁵ Al 31 de diciembre de 2020, sólo 19 leyes han estado sujetas a censura total desde que el Consejo asumió el cargo. Por el contrario, no es raro que sólo determinados artículos de una ley sean objeto de censura, ya sea que el Consejo no se haya enterado de la validez de los demás, o que estos últimos no sufran ninguna queja.

20. En materia de control *a posteriori*, donde se han declarado 102 inconstitucionalidades totales al 31 de diciembre de 2020, el artículo 62 C especifica que

Una disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61-1 no se aplicará a la publicación de la decisión del Tribunal Constitucional o una fecha posterior fijada en dicha decisión. El Tribunal Constitucional determinará las condiciones y los límites en que los efectos producidos por la disposición pueden cuestionarse.

Según este artículo, la decisión de inconstitucionalidad tiene, por tanto, un efecto *erga omnes*. Se establece el principio de efecto *ex nunc* de la

²⁵ V. dans le même sens Conseil constitutionnel, décision n° 79-110 DC.

decisión, mientras está facultado el Consejo para modificarlo *ex tunc* y *pro futuro* caso por caso. De manera muy convencional, esto le permite, en particular, preservar la seguridad jurídica y dar al legislador el tiempo suficiente para remediar la inconstitucionalidad observada, sin crear un vacío legal.

21. Estas disposiciones expresas son insuficientes para explicar la variedad de formas en que el Consejo Constitucional ejerce la justicia constitucional. Este último ha afirmado constantemente desde la decisión No. 74-54 DC que la Constitución no le confiere «un poder general de apreciación y decisión idéntico al del Parlamento». Fue con esta fórmula que se negó, por ejemplo, a declarar la inconstitucionalidad de una definición puramente heterosexual del matrimonio (decisión No. 2010-92 QPC), al igual que la de la apertura del matrimonio a parejas del mismo sexo (decisión 2013 -669 DC). Esta moderación sobre el fondo de determinadas decisiones esenciales, que deja a las autoridades políticas para que tomen, tiene como objetivo proteger al Consejo de la acusación de gobierno de los jueces.²⁶ No le ha impedido forjar, a través de su jurisprudencia, una serie de herramientas que le permiten tomar decisiones más variadas de lo que sugieren las normas que organizan su misión. Para el Consejo Constitucional, constituyen medios de ejercer su poder normativo.

E. Tipología de las sentencias constitucionales en la práctica jurisprudencial del Consejo Constitucional

22. El Consejo Constitucional ha realizado numerosos esfuerzos para integrar, en palabras de Robert Badinter, "la gran familia europea de tribunales constitucionales."²⁷ Es principalmente en términos de técnicas de

²⁶ Lambert, E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle de la constitutionnalité des lois*, [1921], préf. Moderne F, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, xix+276 pp.

²⁷ Rousseau, D., *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, Descartes & Cie, 1997, p. 98, en 194 pp.

toma de decisiones que gradualmente ha movilizado y que ha sumado a lo que revela la práctica comparada de otras jurisdicciones constitucionales.²⁸ De las diversas tipologías ofrecidas en la literatura comparada, es posible distinguir, en orden de sutileza creciente desde el punto de vista de la creación normativa, declaraciones de constitucionalidad (1), declaraciones de inconstitucionalidad (2), decisiones en las que se cuestiona la divisibilidad o la conexión de una pluralidad de disposiciones (3), las decisiones de inconstitucionalidad sin censura (4), decisiones, más evidentemente "manipuladoras", que incluyen reservas de interpretación (5), y decisiones que modulan sus efectos temporales (6).

I. Declaración de constitucionalidad

23. El primer tipo de decisión, relativamente simple, es aquella en la que la norma sometida a consideración del juez constitucional se despeja de la sospecha que pesaba sobre ella. Aunque declarado admisible, el recurso es sobreesido en el fondo. Según si el control se ejerce *a priori* o *a posteriori*, la norma impugnada puede entrar o permanecer en vigor. La sentencia No. 2021-816 DC, emitida en el marco de un control obligatorio de la ley orgánica relativa a la simplificación de los experimentos realizados con base en el párrafo cuarto del artículo 72 de la Constitución, ilustra el primer caso. Después de revisar todos los artículos de este texto, el Consejo concluyó que estaba en conformidad con la Constitución. Así, se han emitido 386 decisiones de cumplimiento al 31 de diciembre de 2020 como parte del control *a priori*.

24. Tras ilustrar la hipótesis del control *a posteriori*, con motivo de la decisión No. 2021-904 QPC, el Consejo Constitucional se remitió al

²⁸ V. Tusseau, G., *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, Lextenso, No. 1295 et s., 2021, 1452 pp. Concernant le Conseil constitutionnel, v. p. Genevois, B., "L'enrichissement des techniques de contrôle", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, « <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-enrichissement-des-techniques-de-contrôle> » (consulté le 1er juin 2021) ; Goesel-Le Bihan V., "Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel: défense et illustration d'une théorie générale", *Revue française de droit constitutionnel*, No. 45, 2001, pp. 67-83.

artículo L. 212-9 del Código de Deportes. Según el Consejo, este texto ciertamente limita la libertad de emprender, al prohibir a una persona enseñar, dirigir o supervisar una actividad física o deportiva o formar a sus practicantes, cuando hayan sido condenados por conducir tras el uso de sustancias o plantas clasificadas como narcóticos, o por negarse a someterse, durante un control en la carretera, a una prueba de detección para establecer este uso. Pero:

en primer lugar, con la adopción de estas disposiciones, el legislador pretendía garantizar la ética de las personas que forman a los practicantes de una actividad física o deportiva o enseñan, animan o supervisan esta actividad, por la influencia que pueden ejercer sobre ellos y su seguridad. [...]

En segundo lugar, por un lado, en aplicación del artículo 775-1 del código procesal penal, el juez puede excluir la mención de esta condena en el boletín No. 2 ya sea con motivo de la sentencia condenatoria, o en aplicación del artículo 702-1 del mismo código mediante sentencia dictada con posterioridad, a solicitud del condenado constituida al final de un plazo de seis meses desde esta condena. Esta exclusión implica la eliminación de todas las discapacidades de cualquier naturaleza que resulten de esta condena. Por otra parte, transcurrido un plazo, según el caso y excluida la reincidencia, de tres o cinco años, los condenados podrán beneficiarse de una rehabilitación integral prevista en los artículos 133-12 y siguientes del Código Penal o de una rehabilitación, proceso judicial previsto en los artículos 785 y siguientes. Esta rehabilitación borra las discapacidades que resultan de la condena. [...]

Por lo tanto, las disposiciones impugnadas no vulneran de forma desproporcionada la libertad de empresa. Debe desestimarse la denuncia basada en el desconocimiento de la libertad de hacer negocios. [...]

El punto 7 del artículo L. 212-9 del Código de Deportes, que no infringe ningún otro derecho o libertad garantizados por la Constitución, debe declararse de conformidad con la Constitución.

Al 31 de diciembre de 2020 se habían emitido 402 decisiones de este tipo como parte del control *a posteriori*. Podría parecer que el poder de los jueces es relativamente limitado aquí. Sin embargo, la propia posibilidad de una declaración de inconstitucionalidad incurrida, que no es más que un veto, conlleva que el consentimiento del juez para la entrada o mantenimiento en vigor de la norma impugnada sea necesaria para su existencia. El juez es, por tanto, el coautor de esta norma,²⁹ y su poder, aunque discreto, sigue sin resolverse. Desde el punto de vista de la judicialización de la vida política, esta patente de constitucionalidad también produce un efecto legitimador sobre la disposición impugnada.³⁰

II. Declaración de inconstitucionalidad

25. El segundo tipo de decisión simple es aquella por la que el juez declara la inconstitucionalidad de la norma que se le somete. Entre las clasificaciones de defectos identificadas,³¹ es común oponerse (1) a la inconstitucionalidad por acción u omisión; (2) inconstitucionalidad formal, relativa al procedimiento de adopción de la norma en cuestión, o

²⁹ Eisenmann, C., *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948, pp. 92-105, en 331 pp.; Eisenmann, C., *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, t. II, 1983, p. 201, en xxiv+908 pp.; Eisenmann C., "La justice constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne", en Eisenmann, C., *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Leben C. (éd.), Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2002, pp. 543-563, pp. 561-562, en 668 pp.

³⁰ Ramos Tavares, A., *Teoria da justiça constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 293-296, en xvi+633 pp.; Jackson, V.C., *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, New York, Oxford UP, 2010, p. 5, en xviii+519 pp.

³¹ . p. ex. Kelsen H., "Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktstfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt", *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, Bd. 40, 1913, pp. 1-114; Merkl A.J., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, Berlin, Springer, 1927, pp. 191-201, en 400 pp.; Huerta Ochoa C., "Sobre la naturaleza jurídica de la inconstitucionalidad", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 21-II, 1998, pp. 219-228; Neves, M., *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, São Paulo, Saraiva, 1988, xiii+178 pp.; Carpio Marcos, E., "Los vicios de la ley", en *Thémis. Revista de derecho*, No. 67, 2015, pp. 263-276.

sustancial, relativa a su contenido;³² (3) inconstitucionalidad relativa al actor que adoptó la norma en cuestión, al procedimiento de adopción, al objeto al que se refiere la norma o al tipo de significado normativo asociado a este objeto; (4) inconstitucionalidad intrínseca e inconstitucionalidad extrínseca; (5) inconstitucionalidad relacionada con la jurisdicción, el procedimiento o el fondo; (6) inconstitucionalidad formal y material; o (7) inconstitucionalidad original y las supuestamente surgidas, que se deban a una alteración del parámetro de control.

En Francia, estas distinciones tienen un alcance limitado en el contexto del control *a priori*, en el que todos los defectos pueden constituir la inconstitucionalidad de la Ley. En términos de control *a posteriori*, sólo una violación de derechos y libertades puede ser base para la declaración de inconstitucionalidad. Se sigue un cierto predominio de vicios sustanciales frente a los de jurisdicción o procedimiento. Sin embargo, el Consejo Constitucional admite que "el desconocimiento por parte del legislador de su propia competencia [se] invoca en el marco de una cuestión prioritaria de constitucionalidad [...] en el caso de que se afecte un derecho o una libertad garantizados por la Constitución "(decisión No. 2011-223 QPC, cons. 3).³³

³² Transposant les vices de légalité identifiés en droit administratif français au contentieux de la loi, v. p. ex. Vedel, G., "Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I)", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, No. 1, 1996, «<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/exces-de-pouvoir-legislatif-et-exces-de-pouvoir-administratif-i>» (consulté le 1er juin 2021); Vedel G., "Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (II)", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 2, 1997, «<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/exces-de-pouvoir-administratif-et-exces-de-pouvoir-legislatif-ii>» (consulté le 1er juin 2021); Vidal-Naquet, A., "Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité", en *Revue française de droit administratif*, 2008, pp. 899-914; Goesel-Le Bihan V., "Les griefs d'inconstitutionnalité dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel: entre objectivation, rationalisation et européanisation", en *Revue française de droit administratif*, 2016, pp. 1251-1261; Goesel-Le Bihan V., *Contentieux constitutionnel*, préf. Wachsmann, P., 2a ed., Paris, Ellipses, 2016, pp. 155-240, en 311 pp.; Rousseau, D., Gahdoun, P.-Y. y Bonnet, J., *Droit du contentieux constitutionnel*, préf. Vedel G., 12a ed., Paris la Défense, LGDJ, 2020, pp. 340-352, 1039 pp., opposant vices de constitutionnalité externe (compétence et procédure) et interne (violation de la constitution et détournement de pouvoir); Drago, G., *Contentieux constitutionnel français*, 5a ed., Paris, PUF, 2020, pp. 423-441, en xviii+846 pp.

³³ V. Rrapi P., "Lincompétence négative dans la QPC: de la double négation à la double incompréhension", *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, No. 34, 2012, «<https://www.con>

26. Si el control se realiza *a priori*, la norma no puede entrar en vigor: por ejemplo, no se puede promulgar una ley, ni se pueden implementar las reglas de las asambleas parlamentarias, ni se puede ratificar un tratado internacional. Éste fue, por ejemplo, el análisis del Consejo Constitucional sobre el tema de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias en la decisión No. 99-412 DC (cons. 10 a 12). Según él,

La Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, en el sentido de que confiere derechos específicos a los 'grupos' de hablantes de lenguas regionales o minoritarias, dentro de los 'territorios' en los que se utilizan estas lenguas, socava los principios de indivisibilidad constitucional de la República, igualdad ante la ley y la singularidad del pueblo francés;

[...] Estas disposiciones también son contrarias al primer párrafo del artículo 2 de la Constitución en el sentido de que tienden a reconocer el derecho a practicar un idioma distinto del francés no sólo en la 'vida privada' sino también en la 'vida pública', a lo que la Carta atribuye justicia, autoridades administrativas y servicios públicos;

[...] En estas condiciones, las disposiciones de la Carta antes mencionadas son contrarias a la Constitución.

Por tanto, no pudo ser ratificado. En la misma línea, la decisión No. 2021-814 DC encontró la inconstitucionalidad total de la resolución que modifica el reglamento de la Asamblea Nacional en lo que respecta a la organización del trabajo parlamentario en tiempos de crisis. Según los jueces (§§ 6 a 8),

La resolución sometida a la consideración del Consejo Constitucional permite a la Conferencia de Presidentes, en caso de

[seil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-incompetence-negative-dans-la-qpc-de-la-double-negation-a-la-double-incomprehension](https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-incompetence-negative-dans-la-qpc-de-la-double-negation-a-la-double-incomprehension)» (consulté le 1er juin 2021); Vidal-Naquet, A., "L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative", en *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, No. 46, 2015, pp. 7-20.

circunstancias excepcionales, adoptar cualquier norma que tenga por efecto derogar temporalmente lo dispuesto en el reglamento, adecuar las modalidades de participación, deliberación o votación de diputados durante las reuniones del comité y en sesión pública. Salvo la mención de que, en su caso, podrán consistir en la utilización de herramientas de trabajo a distancia, estas adaptaciones no están limitadas ni especificadas por la resolución, que se limita a disponer que deben cumplir con el principio de voto personal y los requisitos de claridad y sinceridad del debate parlamentario, que son fundamentales en cualquier caso. [...]

Por tanto, el Consejo Constitucional no puede medir el alcance de las adaptaciones que permite esta resolución para ejercer el control constitucional de las reglas de funcionamiento de la Asamblea Nacional que le impone el primer párrafo del artículo 61 de la Constitución. [...]

Por tanto, la resolución es inconstitucional.

Si el control se realiza *a posteriori*, se deroga la norma. Por ejemplo, en la decisión No. 2021-906 QPC, el Consejo consideró, en relación con el principio de igualdad, que

La remisión efectuada, dentro del 5° del artículo 1 de la ley n° 91-6 de 4 de enero de 1991 por la que se aprueban las disposiciones que prevén la aplicación de penas correccionales y sanciones adicionales, de las deliberaciones de la asamblea de la Polinesia Francesa y promulgación de disposiciones penales y El procedimiento penal aplicable en la Polinesia Francesa, en el 2° del artículo 1 del decreto n° 57-246 del 24 de febrero de 1957 relativo a la recuperación de las sumas adeudadas por los empleadores a las cajas de compensación por servicios familiares en los territorios de ultramar y en Camerún, es contrario a la Constitución.

Lo derogó a partir de la publicación de su decisión.³⁴ El juez toma entonces la figura, definida por Kelsen y en ocasiones asumida por los propios tribunales, del legislador negativo. Se limita al papel de contrapoder que, lejos de promover su propia voluntad política, se interpone en el camino de los demás. Al producir una norma que la paraliza, ejerce poder normativo al nivel de la norma impugnada.

III. Divisibilidad (o separabilidad) y conectividad

27. Las declaraciones de constitucionalidad e inconstitucionalidad pueden, mientras mantengan su carácter radical y relativamente simple, estar sujetas a dos tipos de ajuste.

El primero es limitar el alcance de la decisión a una parte del texto en cuestión. Para no destruir secciones enteras del ordenamiento jurídico, los tribunales realizan declaraciones de inconstitucionalidad parcial, basadas en el principio de divisibilidad de las normas en cuestión,³⁵ así como en una actitud de autocontrol preservando la labor del legislador.³⁶ En representación de una Corte Suprema unánime, Louis D. Brandeis definió la racionalidad de tal técnica (*Dorchy v. State of Kansas* 264 US 286 (1924)):

Una ley parcialmente defectuosa no es necesariamente inválida en su totalidad. Las disposiciones adoptadas por el poder legislativo pueden permanecer si son separables de las malas. [...] Pero

³⁴ V. de même p. ex. Conseil constitutionnel, décisions No. 2010-6/7 QPC; 2010-15/23 QPC; 2010-33 QPC; 2012-240 QPC; 2017-682 QPC.

³⁵ V. p. ex. Scoville R., "The New General Common Law of Severability", en *Texas Law Review*, vol. 91, 2012-2013, pp. 543-600; Guaydan, C., "La déclaration d'inséparabilité des dispositions inconstitutionnelles dans la question prioritaire de constitutionnalité". Disponible en «<https://www.semanticscholar.org/paper/La-d%C3%A9claration-d%27ins%C3%A9parabilit%C3%A9-des-dispositions-la-Gueydan/85b7d5f483ac55b6ebd950aaa0ccbcddc351e840>» (consulté le 1er juin 2021).

³⁶ V. p. ex. Klukowski, K.A., "Severability Doctrine: How Much of a Statute Should Federal Courts Invalidate?", en *Texas Review of Law & Politics*, vol. 16, 2011, pp. 1-111.

una disposición, que en sí misma no se expone a objeción alguna, no puede considerarse separable a menos que parezca que, considerada aisladamente, se le puede asociar un efecto jurídico y que el legislador ha tenido la intención de que dicha debe mantenerse la disposición en caso de que otros, incluidos en la misma ley y considerados culpables, sean derogados.

28. Previsto expresamente por el legislador orgánico francés (artículo. 22 y 23 de la OLOCC; ver *supra*, No. 19), esta técnica de limitar el alcance de las decisiones de inconstitucionalidad es comúnmente implementada por el Consejo Constitucional. Para determinar la separabilidad o no de las disposiciones en cuestión, ésta se basa en particular en un factor objetivo, que radica en la posibilidad o no de un entendimiento y / o una aplicación de los artículos no censurados, una vez que la ley sea amputada de sus disposiciones inconstitucionales. También se centra, desde una perspectiva más subjetiva, en la intención del legislador, como se puede reconstruir a partir del trabajo preparatorio, y en la forma en que este último habría contemplado la adopción de la ley si no hubiera incluido la censura (decisiones No. 63-21 DC, cons. 5; 67-31 DC, cons. 6; 78-95 DC, cons. 11; 87-226 DC, cons. 11). Al 31 de diciembre de 2020, 359 decisiones basadas en el artículo 61 C y 70 basadas en el artículo 61-1 C concluyeron en incumplimiento parcial, en contra. Por ejemplo, aprovechado de una pluralidad de disposiciones de la ley para una seguridad global que preserva las libertades, el Consejo Constitucional concluye su decisión No. 2021-817 DC con un dispositivo que opera un desglose particularmente fino de las disposiciones que examinó:

Artículo 1. - Las siguientes disposiciones de la ley de seguridad integral que preservan las libertades son contrarias a la Constitución:

Artículo 1;

párrafo I del artículo 2;

la palabra «en particular» que figura en el 1° del párrafo I del artículo 38;

sección 41;

del sexto al decimotercer párrafo, del decimonoveno al trigésimo primer párrafo y del trigésimo quinto al trigésimo noveno párrafo del párrafo I del artículo 47. En consecuencia, aparecen las palabras «en los artículos L. 242-5 a L. 242-7». En el primer párrafo de los artículos L. 242-1 y L. 242-4 del Código de Seguridad Interior, creado por el párrafo I del artículo 47 de la referida ley, debe sustituirse por las palabras «en el artículo L. 242-6»;

sección 48;

párrafo I del artículo 52;

Artículos 26, 57, 63, 68 y 69.

Artículo 2.- Sin perjuicio de las reservas que se exponen a continuación, las siguientes disposiciones se ajustan a la Constitución:

sin perjuicio de la reserva prevista en el párrafo 26 del artículo 4 de la referida ley;

sin perjuicio de la reserva establecida en el párrafo 59, las palabras «actos de terrorismo» que figuran en el segundo párrafo del artículo L. 613-1 del Código de Seguridad Interior, en la redacción resultante del artículo 29 de la referida ley;

sin perjuicio de la reserva establecida en el párrafo 80, las palabras «de los servicios de policía municipal así como de los funcionarios designados individualmente y debidamente autorizados mencionados en los artículos L. 531-1, L. 532-1 y L. 533-1» que aparecen en el segundo párrafo del artículo L. 252-2 del Código de Seguridad Interior, las palabras ‘de los servicios de policía municipal así como de los agentes designados individualmente y debidamente autorizados mencionados en los artículos L. 531-1, L. 532-1 y L.533-1 ‘que aparecen en la primera frase del artículo

L. 252-3 del mismo código, las palabras 'servicios de policía municipal así como los funcionarios designados individualmente y debidamente autorizados mencionados en los artículos L. 531-1, L. 532-1 y L. 533-1 'que aparecen en la tercera frase de este mismo artículo, así como las palabras' para las necesidades únicas de su misión, así como los requisitos de formación y actualización periódica de conocimientos en protección de datos personales que deben cumplir para ser autorizados que figura en la segunda frase del artículo L. 255-1 del mismo Código y en la tercera frase de este artículo, en su redacción resultante del artículo 40 de la referida ley;

sin perjuicio de la reserva prevista en el párrafo 120, los párrafos cuarto a sexto de los artículos L. 241-1 y L. 241-2 del Código de Seguridad Interior, en su redacción resultante del artículo 45 de la referida ley.

Artículo 3.- Las siguientes disposiciones se ajustan a la Constitución:

2º del artículo 21 de la referida ley;

las palabras «y 7.500 euros para las personas físicas asalariadas» que figuran en la tercera frase del segundo párrafo del artículo L. 634-4 del Código de Seguridad Interior, en la redacción resultante de este mismo artículo 21;

4º bis del artículo L. 612-20 del Código de seguridad interior y 2º bis del artículo L. 622-19 del Código de seguridad interior, en su redacción resultante del artículo 23 de la ley referida;

artículo 34 de la referida ley;

El artículo L. 611-3 del Código de Seguridad Interior, en su redacción resultante del artículo 36 de la referida ley;

las palabras ‘en caso de ocupación que impida el acceso o la libre circulación de personas o el buen funcionamiento de los dispositivos de seguridad’ que figuran en el primer párrafo del artículo L. 126-1-1 del Código de la Construcción y la vivienda y el tercer párrafo de este mismo artículo, en su redacción resultante del artículo 43 de la referida ley;

El artículo L. 2251-4-2 del Código de Transportes, en su redacción resultante del artículo 44 de la referida ley;

artículo 46 de la referida ley;

el primer párrafo del artículo 721-1-2 del Código Procesal Penal, en la redacción resultante del artículo 50 de la referida ley;

El artículo L. 315-3 del Código de Seguridad Interior, en su redacción resultante del artículo 53 de la referida ley;

artículo 61 de la referida ley;

las palabras ‘de una infracción’ que aparecen en la primera frase del primer párrafo del artículo L.1632-2 del Código de Transporte, así como las palabras ‘se podrá llevar a cabo’ y ‘en cuyo caso el segundo párrafo del mismo artículo en su redacción resultante del artículo 62 de la referida ley.

Se pide claramente la divisibilidad de los distintos elementos de la ley para que no se pronuncie censura, ni siquiera de artículos o disposiciones, sino a veces incluso de sólo palabras que chocan con el bloque de constitucionalidad.

29. Por el contrario, en la decisión No. 81-132 DC relativa a la ley de nacionalización, el Consejo consideró (cons. 73 a 75) que

no se ajustan a la Constitución:

Los artículos 4, 16 y 30 relativos a determinadas competencias de los subdirectores y consejos de administración;

La frase del artículo 13-Leo como sigue: Bancos, cuyo capital social mayoritario pertenece directa o indirectamente a sociedades de carácter mutualista o cooperativo;

Los artículos 6, 18 y 32 relativos a la determinación del valor de cambio de las acciones;

[...] Los demás artículos de la ley no son contrarios a la Constitución;

[...] Sin embargo, que las disposiciones de los artículos 6, 18 y 32 son inseparables del conjunto de la ley.

Por tanto, fue declarado inconstitucional en su totalidad. En su resolución No. 86-224 DC, el Consejo también censuró el artículo 2 de la ley que transfiere a la jurisdicción judicial el litigio de las decisiones del Consejo de la Competencia, por violación de los derechos de la defensa. Él retuvo más ampliamente que

Las disposiciones del artículo 2 de la ley en cuestión no se ajustan a la Constitución; que, al no ser separable de las disposiciones del artículo 1, debe considerarse que la ley, en su conjunto, no se ajusta a la Constitución.

Por tanto, la inseparabilidad puede invalidar toda la ley (decisiones No. 80-122 DC; 89-261 DC). Pero ese no es necesariamente el caso. Puede que sólo afecte a algunas de sus disposiciones, que están marcadas por una cierta solidaridad (decisiones No. 84-181 DC, contras. 68 y 69; 96-373 DC, contras. 22 y 23; 2000-429 DC, contras. 22; 2013-666 DC, cons.18). En la decisión No. 2015-715 DC, cons. 32, el Consejo considera así

que con la adopción del 2º del artículo 39, el legislador pretendía subsanar o dar por terminados los acuerdos y actos mediante los cuales, en el comercio minorista, se ha creado una situación de poder económico que socava la competencia efectiva en una

zona considerada como resultado de prácticas de precios elevados o márgenes comparados con los promedios habitualmente observados en el sector económico de que se trate; que, por tanto, persigue el objetivo de preservar el orden público económico y proteger a los consumidores; que, no obstante, por un lado, las disposiciones impugnadas pueden poner en tela de juicio los precios o márgenes cobrados por la sociedad o el grupo de sociedades y, en su caso, la obligación de modificar, completar o rescindir acuerdos o actos, o vender activos incluso aunque la posición dominante de la empresa o grupo de empresas se ha adquirido sobre la base de los méritos y no se ha observado ningún abuso; que, por el contrario, las disposiciones impugnadas se aplican en todo el territorio de la Francia metropolitana y en todo el sector del comercio minorista, aunque del trabajo preparatorio se desprende que el objetivo del legislador era remediar situaciones especiales únicamente en el sector minorista de alimentos; que, por tanto, dadas las limitaciones que estas disposiciones imponen a las empresas interesadas y a su alcance, las disposiciones del artículo L. 752-26 del Código de Comercio se refieren tanto a la libertad de emprender como a una vulneración manifiestamente desproporcionada del derecho de propiedad en relación con el fin perseguido; que, en consecuencia y sin que sea necesario examinar los demás agravios, el 2º del artículo 39 es contrario a la Constitución; que lo mismo ocurre con el 1º de este mismo artículo, que es inseparable del mismo.

En el marco de la QPC, el Consejo también puede decidir que la inconstitucionalidad de un párrafo de un artículo de ley puede invalidar la de todo el artículo.³⁷ En la decisión No. 2011-135 / 140 QPC, considera lo siguiente (cons. 10-11):

que el artículo L. 3213-1 dispone, en su segundo párrafo, que, dentro de las veinticuatro horas siguientes al ingreso, se envía un certificado médico elaborado por un psiquiatra del estable-

³⁷ V. p. ex. Conseil constitutionnel, décisions No. 2010-1 QPC; 2010-25 QPC; 2010-110 QPC; 2011-151 QPC; 2011-192 QPC; 2012-278 QPC; 2012-282 QPC; 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, cons. 28.

cimiento al representante del Estado en el departamento y a la comisión departamental para hospitalizaciones psiquiátricas; que, en caso de que este certificado médico no acredite que el interesado debe ser atendido en un hospital, las disposiciones impugnadas conllevan, a falta de levantamiento de la hospitalización automática por parte de la autoridad administrativa competente, la continuación de esta medida sin prever una breve revisión de la situación de la persona hospitalizada para asegurar que su hospitalización es necesaria; esa revisión es la única que permite mantener la medida; que, a falta de tal garantía, las disposiciones impugnadas no garantizan que la hospitalización obligatoria se reserve para los casos en que sea adecuada, necesaria y proporcionada al estado del paciente, así como a la seguridad de las personas o al mantenimiento del orden público; que, a continuación, el segundo párrafo del artículo L. 3213-1 del código de salud pública desconoce los requisitos constitucionales antes mencionados;

[...] De ello se desprende que el artículo L. 3213-1 del Código de Salud Pública, cuyas disposiciones son inseparables, debe ser declarado contrario a la Constitución.

30. Por tanto, es probable que la separabilidad funcione en dos direcciones opuestas: como separabilidad en un sentido positivo, conduce a limitar el alcance de la declaración de inconstitucionalidad. Entendida en sentido negativo, es decir, como ausencia de separabilidad o propiamente como conexión, puede llevar a cabo a incrementarla. Este trabajo quirúrgico sobre normas presupone por parte del juez una apreciación de la relativa solidaridad de los elementos sujetos a su control. La divisibilidad no se da de antemano, sino que resulta de una decisión, por el cual determinado, respecto del defecto retenido, el alcance de las normas que deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico. Mediante esta elección ejerce un poder más preciso y eficaz que si censurara o ratificara en bloques las normas que se le sometían.³⁸

³⁸ Gans, D.H., "Severability as Judicial Lawmaking", en *George Washington Law Review*, vol. 76, 2007-2008, pp. 639-697.

Por tanto, el Consejo declara inconstitucionalidad a modo de consecuencia. Después de haber censurado un artículo de ley que establece un mecanismo de discriminación positiva a favor de la mujer en las elecciones locales, juzga (decisión No. 82-146 DC, cons. 9):

que las disposiciones que, en los artículos L. 265 y L. 268 del Código Electoral, aplican la norma establecida en el artículo L. 260 bis, deben, por tanto, declararse contrarias a la Constitución.

31. Una forma extrema de conexión, la analogía entre dos textos puede llevar al Concilio a considerar que la censura de uno se aplica al otro. Anunciado en el marco del control *a priori* (decisión No. 89-258 DC, cons. 13), este principio se materializó realmente con el establecimiento de la QPC. En la decisión n ° 2013-682 DC, el Consejo considera (cons. 36) que

Si la autoridad adscrita a una decisión del Consejo Constitucional por la que se declaran inconstitucionales las disposiciones de una ley no puede en principio ser invocada útilmente contra otra ley concebida en términos distintos, no ocurre lo mismo cuando las disposiciones de esta ley, aunque redactadas en forma diferente, tienen, en esencia, un objeto similar al de las disposiciones legislativas declaradas contrarias a la Constitución.

Se han pronunciado censuras al respecto. Por ejemplo, en su decisión No. 2013-685 DC, el Consejo consideró (cons.9 a 12):

[...] que en virtud del tercer párrafo del artículo 62 de la Constitución, las decisiones del Consejo Constitucional «son vinculantes para los poderes públicos y para todas las autoridades administrativas y judiciales»; que la autoridad de las decisiones a que se refiere esta disposición no sólo depende de su dispositivo, sino también de las razones que las sustentan y constituyen su fundamento mismo;

[...] Que si la potestad adscrita a una decisión del Consejo Constitucional que declara inconstitucionales disposiciones de una ley

no puede en principio ser invocada útilmente contra otra ley concebida en términos distintos, no es así. Así, cuando las disposiciones de esta ley, aunque redactados en forma diferente, tienen, en el fondo, un objeto análogo al de las disposiciones legislativas declaradas contrarias a la Constitución;

[...] Que, en su decisión de 29 de diciembre de 2012, el Consejo Constitucional examinó lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Hacienda de 2013 que, en particular, tenía por objeto incluir en los ingresos tomados en cuenta para el cálculo del tope de ladel impuesto solidario sobre el patrimonio y la renta "la variación en el valor de rescate de bonos o contratos de capitalización, inversiones de la misma naturaleza, en particular contratos de seguros de vida, así como instrumentos financieros de cualquier tipo destinados a capitalizar rentas, suscritos con sociedades constituidas en Francia o fuera de Francia, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año anterior, neto de pagos y reembolsos realizados entre estas mismas fechas"; que en el considerando 95 de esta decisión, el Consejo Constitucional dictaminó "que al integrar así, en la renta del contribuyente para el cálculo del tope del impuesto solidario sobre el patrimonio y todos los impuestos adeudados por la renta, las sumas que no correspondan a las utilidades o rentas que el contribuyente haya obtenido o tenga a su disposición durante el mismo año, el legislador basó su valoración en criterios que desconocen el requisito de tener en cuenta las facultades contributivas";

[...] En consecuencia, que al disponer, en el artículo 13 [de la nueva ley sometida a su examen], incluir en las rentas que se tengan en cuenta para el cálculo del tope del impuesto solidario sobre el patrimonio y la renta determinadas rentas por bonos o contratos de capitalización e inversiones de la misma naturaleza, en particular contratos de seguros de vida, cuando estas sumas no correspondan a utilidades o rentas que el contribuyente haya obtenido o de las que dispuso durante el mismo año, el legislador desconoce la facultad que le atribuye, en virtud del artículo 62 de la Constitución, a la decisión del Consejo Constitucional de 29

de diciembre de 2012; que de ello se desprende que el artículo 13 debe declararse contrario a la Constitución.

Por tanto, corresponde al Consejo determinar el alcance de la autoridad que el artículo 62 C confiere a sus propias decisiones.

32. Pero al tiempo que extiende la autoridad de sus decisiones en beneficio del Consejo Constitucional, esta dinámica también puede servir para la descentralización del control constitucional. De hecho, en la medida en que las decisiones del juez constitucional les obliguen, los jueces ordinarios podrán basarse en una decisión previa del Consejo Constitucional para asegurarse por sí mismos del respeto de la Constitución. Los jueces *a quibus* ampliaron así el alcance de una decisión del Consejo Constitucional para cumplir con disposiciones legislativas similares (Cour de cassation, 1e civ., 26 de junio de 2013, No. 13-40.027; Cour de cassation, 3e civ., 4 de diciembre de 2013 No. 13-40.056; Consejo de Estado, 7 de julio de 2017, No. 410620; Consejo de Estado, 28 de diciembre de 2017, No. 415038). Incluso el Consejo de Estado falló (16 de enero de 2015, No. 386031, cons. 5)

que, habida cuenta de la potestad adscrita, en virtud del artículo 62 de la Constitución, a la decisión del Consejo Constitucional de 6 de febrero de 2014, la declaración de inconstitucionalidad de los términos ‘o de los titulares de la recaudación’ debe considerarse como aplicando igualmente a idénticas disposiciones, en su fondo y en su redacción, que anteriormente aparecían, en virtud del artículo II del artículo 90 de la Ley de 25 de diciembre de 2007, en el artículo II del artículo 302 bis KB del Código General Tributario, luego habían sido trasladadas a II del artículo 1609 sexdecies del mismo código; que corresponde al juez que conozca de la controversia relativa a la aplicación de estas disposiciones conocerlo, sin que sea necesario remitir al Consejo Constitucional una nueva cuestión prioritaria de constitucionalidad, ya que lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución, por un lado, las disposiciones en cuestión

han sido previamente derogadas, por lo que una nueva decisión del Consejo Constitucional no podría tener este efecto, y, por otro lado, que la controversia sometida al juez se encuentra entre los por lo cual el solicitante puede, en virtud del artículo 2 de la resolución de 6 de febrero de 2014, beneficiarse de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por esta resolución.

Por tanto, se sintió prescindido de remitir la cuestión que se le planteó al Consejo Constitucional.

IV. Inconstitucionalidad sin censura

33. Un primer tipo de sentencia manipuladora, relativamente excepcional en la práctica del Consejo Constitucional, se relaciona con el pronunciamiento de una inconstitucionalidad que no conlleva censura. El Tribunal Constitucional Federal alemán desarrolló ya en 1958 (BVerfGE, 7, 377) la técnica consistente en disociar la constatación de inconstitucionalidad de una norma, por un lado, y el pronunciamiento de su anulación, por otra parte. Esto luego se consagró en 1970 en la sección 31.2 LCCF. Tales juicios de inconstitucionalidad sin anulación (*Unvereinbarkeitserklärung*) incluyen implícitamente una "obligación legislativa subsiguiente de corrección" (*Nachbesserungspflicht*) (BVerfGE 45, 187, 252 [1977]; 37, 217, 262 [1974]). Por ello, con frecuencia van acompañadas de una indicación de un plazo dentro del cual el legislador debe remediar el problema, no siendo censurado en un recurso posterior. En Francia, por ejemplo, el Consejo lo utilizó en el ámbito del derecho de las finanzas públicas en la decisión No. 97-395 DC (cons. 14):

Considerando que los créditos correspondientes a la deducción instituida por el último párrafo del artículo 5 de la citada ley de 17 de agosto de 1948, relativa a la recuperación económica, así como a los retiros realizados en aplicación de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley del 31 de julio de 1949 mencionado anteriormente, que enmienda el impuesto local adicional a los impuestos

sobre el volumen de negocios, se ha adjuntado desde entonces al presupuesto de servicios financieros en aplicación de estas leyes; que el mantenimiento de esta conexión mediante fondos de asistencia, luego de la entrada en vigencia de la citada ordenanza de 2 de enero de 1959, no cumple con lo señalado en su artículo 19, ya que los ingresos de estos fondos son en su mayoría de cargo de naturaleza fiscal; que el mantenimiento de este anexo también afecta a la previsión de gastos del presupuesto general; que, no obstante, los gastos de que se trata se encuentran íntegramente registrados en las cuentas definitivas del ejercicio que se presentan al Parlamento en el marco de la ley reglamentaria, en aplicación del artículo 35 de la ordenanza de 2 de enero de 1959; que, además, el Parlamento podría ser informado de las características de estos fondos de ayuda, así como a través del anexo que elabora, de conformidad con el artículo 111 de la Ley de Hacienda de 1996, la declaración sumaria, que 'durante los trabajos de su comités de finanzas; que, si el trámite de embargo mediante fondos de asistencia, para aquellos de estos créditos que se incluyen en los ingresos del presupuesto general, lleva a afectar la evaluación del déficit previsto en la ley de finanzas inicial, el deterioro así traído a la sinceridad de la ley de finanzas no significa, en este caso, declarar la ley referida contraria a la Constitución; que las asignaciones correspondientes a los fondos de asistencia a que se refiere esta solicitud serán debidamente reintegradas, de acuerdo con las prescripciones de la citada ordenanza de 2 de enero de 1959, en el presupuesto general del Estado "del proyecto de ley de finanzas de 1999"; que, en estas condiciones, la denuncia planteada no puede ser admitida.

En un área relacionada, la decisión No. 2005-530 DC admitió una forma de derecho de error de los legisladores en el contexto de la implementación de la nueva Ley Orgánica No. 2001-692 del 1 de agosto de 2001 relativa a las leyes de finanzas. El Consejo toma nota (cons. 25 y 26),

que al amparo del primer párrafo del II del artículo 20 de la Ley Orgánica de 1 de agosto de 2001: "Cada una de las cuentas espe-

ciales con apropiaciones constituye una misión en el sentido de los artículos 7 y 47. Sus apropiaciones son especializadas por programa"; que, por tanto, en el estado actual de la legislación, las cuentas especiales no deberían incluir un programa único; [...]

sin embargo, que la presentación de la cuenta fiduciaria criticada y de las otras misiones "monoprograma" es parte del establecimiento de una nueva nomenclatura presupuestaria; que a fin de dar tiempo a las autoridades competentes para realizar las adaptaciones necesarias y superar las dificultades inherentes a la aplicación de dicha reforma, puede no ser necesario adecuar las misiones del "programa único" a la nueva normativa orgánica, a partir del año 2007.

34. Ciertas decisiones de inconstitucionalidad sin censura se complementan con un llamado a la acción bastante explícito por parte del legislador. Por ejemplo, en la decisión No. 2003-468 DC, el Consejo decide (cons. 26 a 28):

que, dadas sus competencias, su lugar en la organización descentralizada de la República y sus reglas de composición y funcionamiento, la Asamblea de Córcega y los consejos regionales no se encuentran en una situación diferente en cuanto al objetivo consagrado en el quinto párrafo del artículo 3 de la Constitución; que ninguna peculiaridad local, ni ninguna razón de interés general, justifica la diferencia de trato en cuestión; que así, esto es contrario al principio de igualdad;

[...] sin embargo, que el Consejo Constitucional sólo podría poner fin a esta brecha de igualdad censurando las nuevas disposiciones del artículo L. 346 del código electoral; que tal censura haría caso omiso de la voluntad del Constituyente de que la ley promueva la igualdad de acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y funciones electivas;

[...] Que, en estas condiciones, el artículo 9 de la referida ley no puede declararse contrario a la Constitución; que corresponderá a la próxima ley relativa a la Asamblea de Córcega acabar con esta desigualdad.

Asimismo, en la resolución No. 2005-528 DC, considera (cons. 23 a 24):

"que esta participación del seguro de salud no se enmarca en las disposiciones del artículo 17 de la Ley Orgánica de 1 de agosto de 2001 antes señaladas; que en efecto, tal impuesto, por su carácter obligatorio, no figura entre los ingresos que pueden abundar en un fondo de ayuda;

[...] Sin embargo, que el interés general de valor constitucional que se atribuye a la protección de la salud de la población justifica que la participación del seguro de salud en el fondo de apoyo, necesaria en 2005 y 2006 para la implementación de las acciones de prevención en cuestión, continúe hasta finales de 2006; que, en consecuencia, el desconocimiento, por los artículos 5 y 64 de la referida ley, del artículo 17 de la ley orgánica de 1 de agosto de 2001 no conduce, en su forma actual, a declararlos contrarios a la Constitución; que, no obstante, la financiación de estas actuaciones deberá adecuarse, a partir del año 2007, a las nuevas prescripciones orgánicas que rigen los procedimientos contables particulares de asignación de ingresos.

Finalmente, incluso se fija un plazo en la decisión No. 2010-618 DC (cons. 37):

mediante decreto de 17 de noviembre de 2009, el Presidente de la República decidió consultar a los votantes de Guyana y Martinica sobre la creación de una comunidad única que ejerza los poderes delegados al departamento y la región, sin dejar de regirse por el artículo 73 de la Constitución; [...] La mayoría de los votantes de estas dos comunidades, consultados el 24 de enero

de 2010, votaron a favor de esta creación; [...] En estas condiciones, el legislador pudo abstenerse de fijar el número de asesores territoriales en Guyana y Martinica sin desconocer ni el principio de identidad legislativa mencionado en el primer párrafo del artículo 73 de la Constitución ni el principio de igualdad entre autoridades locales; [...] Sin embargo, dependerá de él para 2014 establecer estas comunidades únicas o establecer el número de representantes electos que se sientan en los consejos generales y regionales de estos departamentos y regiones de ultramar.

La ausencia de censura, por tanto, no excluye instrucciones suficientemente explícitas sobre las obligaciones que la Constitución impone a los poderes constituidos.

V. Reservas de interpretación

35. Las reservas de interpretación surgieron de la decisión No. 59-2 DC. Al 31 de diciembre de 2020, estuvieron presentes en 76 decisiones emitidas en el contexto del control *ex ante* y 121 decisiones emitidas en el contexto del control *a posteriori*. Desde la decisión No. 84-181 DC, el Consejo menciona las reservas expresadas en los motivos en el dispositivo. Por tanto, están investidos de la autoridad de cosa juzgada (decisión No. 2004-506 DC, cons. 17 a 22). En resolución provisional de 16 de junio de 2006, No. 294505, el Consejo de Estado expresó claramente que

Para la aplicación e interpretación de una ley, tanto la autoridad administrativa como el juez, están sujetos a las reservas de interpretación establecidas por el Consejo Constitucional en su decisión sobre la conformidad de esta ley con la Constitución.

Luego de la entrada en vigencia de la QPC, el Consejo de Estado confirmó (15 de mayo de 2013, No. 340554) que

las reservas de interpretación que una decisión del Consejo Constitucional adjunta a la declaración de conformidad con la

Constitución de una disposición legislativa están investidas de la autoridad absoluta de cosa juzgada y obligan al juez administrativo para la aplicación e interpretación de esta disposición; que corresponde a este último aplicarlo, en su caso, de oficio.

El Tribunal de Casación parece adoptar una actitud similar, aunque más mesurada, tendiendo a admitir la autoridad de las decisiones sólo en lo que respecta a la interpretación del texto exacto en el que se rindieron, y no a retener, con respecto a otros textos, una autoridad que, sin ser indiferente, es sólo puramente persuasivo³⁹ (Cour de cassation, soc. 25 de marzo de 1988, Dalloz, 1988, p. 113; Cour de cassation, Ass. Pl., 10 de octubre de 2001, No. 01-84.922).

36. Para comprender el alcance del enfoque adoptado, como muchas jurisdicciones constitucionales, por el Consejo Constitucional, es fundamental distinguir la "disposición" de la "norma".⁴⁰ La disposición es un fragmento de texto, considerado independientemente de su significado, mientras que la norma es su significado. Una misma disposición se puede interpretar de diferentes maneras, de modo que exprese una pluralidad de estándares. Por el contrario, diferentes disposiciones pueden significar el mismo estándar. Esta dicotomía es fundamental desde el punto de vista del trabajo de los jueces y del análisis del poder que ejercen.

La distinción entre texto y norma, común en la doctrina extranjera y la teoría jurídica, no está perfectamente aclimatada en la literatura fran-

³⁹ Glenn, H.P., "Persuasive Authority", en *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, vol. 32, 1987, pp. 261-298.

⁴⁰ Sur ce thème, v. de manière synthétique Pozzolo, S. y Escudero, R. (eds.), *Disposición vs. Norma*, Lima, Palestra Editores, 2011, 186 p. V. également Crisafulli V., "Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei confronti con l'interpretazione giudiziaria", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, pp. 928-949; Guastini, R., "Disposizione vs. Norma", en *Studi in memoria di Giovanni Tarullo*, Milano, A. Giuffrè, coll. Annali della facoltà di giurisprudenza di Genova, Collana di monografie., vol. II, núm. 64, 1990, pp. 235-251, en xi+773 pp.; Grzegorzcyk, C. y Studnicki, T., "Les rapports entre la norme et la disposition légale", en *Archives de philosophie du droit*, No. 19, 1974, pp. 243-256.

cesa. Por tanto, dio lugar a una gran controversia cuando se puso en marcha el tema prioritario de constitucionalidad. La Corte de Casación se mostró reacia a transmitir cuestiones prioritarias de constitucionalidad que se referían menos al texto de la disposición legal que a la interpretación que le había dado la Corte (Cour de cassation, crim., 19 de mayo de 2010, No. 09-83.328 sobre la falta de motivación de las sentencias judiciales; Cour de cassation, crim., 31 de mayo de 2010, No. 09-87.578 sobre la presunción de mala fe en la difamación de los poderes públicos). Sin embargo, la lógica de una cuestión preliminar, tal como la entendió el Consejo Constitucional, era poder cuestionar la interpretación dada a un texto, que es en la práctica lo único importante desde el punto de vista del respeto a los valores constitucionales. El Consejo impugnó la actitud de la Corte al sostener, en la sentencia n.º 2010-39 QPC, "que al plantear una cuestión prioritaria de constitucionalidad, todo litigante tiene derecho a impugnar la constitucionalidad del alcance efectivo que confiere una interpretación de la jurisprudencia constante esta disposición. En general, las dos instituciones parecen haber alcanzado un "ajuste razonable" cercano al que, en Italia, puso fin a la "guerra de jurisdicciones".⁴¹ El Concilio aplica así una forma de doctrina del derecho vivo. No busca dar una interpretación adecuada de un texto que se beneficia de una interpretación consolidada por parte de los tribunales ordinarios. Si la disposición parece inconstitucional, la censura en lugar de adjuntarle otra interpretación (decisión núm. 2010-52 QPC). Cuando la interpretación de otros jueces no goza de tal firmeza, el Consejo se considera capaz de aceptar la constitucionalidad de la disposición a condición de que se haga de acuerdo con las directrices que determine. El Tribunal de Casación, por su parte, admitió que sus interpretaciones

⁴¹ Romboli, R., "I rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l'esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale", en Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea, A. (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional/Marcial Pons, 2008, t. VIII, pp. 319-364, en xl+1038 pp.; Lamarque, E., *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma, Bari, Laterza, 2012, p. 169.

sean impugnadas ante el Consejo (sentencia No. 2021-259 QPC, de remisión del Tribunal de Casación, 1º civ., 26 de junio de 2012, No. 10-27.016). En adelante, los jueces ordinarios admiten la incorporación de la interpretación que dan a la disposición legislativa, y su posible crítica ante el juez constitucional (Cour de cassation, soc. 28 de septiembre de 2010, No. 10-40.027; Juzgado de casación, 1e civ., 25 de septiembre de 2013, No. 13-40.044).

37. Las reservas de interpretación acompañan puntualmente a las declaraciones de conformidad con la Constitución. Permiten salvar el texto y, por tanto, rechazar el recurso, a costa de una indicación de las interpretaciones legítimas de la Constitución. Este método de ejercer el control de constitucionalidad cobró impulso con la decisión n° 81-127 DC, luego la decisión No. 84-181 DC. En el contexto de la cuestión prioritaria de constitucionalidad, apareció de inmediato en la sentencia No. 2010-8 QPC.

38. Las reservas son de varios tipos.⁴² Las llamadas reservas "neutralizantes" o "menores" aclaran o limitan el alcance de un texto susceptible de una pluralidad de interpretaciones, algunas de las cuales son constitucionales, para excluir las inconstitucionales. Según una expresión ahora clásica, la reserva retira su "veneno"⁴³ de la disposición en cuestión. Por tanto, se rechaza la solicitud a condición de que se mantenga una interpretación específica, que determina el Consejo Constitucional. Por ejemplo, en la decisión No. 84-181 DC, el Consejo dictaminó (cons. 41 a 44):

⁴² Verpeaux, M., *Contentieux constitutionnel*, 2a ed., Paris, Dalloz, 2020, pp. 163-165, en viii+206 pp.; F. Hamon y M. Troper, *Droit constitutionnel*, 40a ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019, pp. 839-842, en 894 pp.; Goesel-Le Bihan V., *Contentieux constitutionnel*, préf. Wachsmann P., 2a ed., Paris, Ellipses, 2016, pp. 242-245, en 311 pp.; Drago, G., *Contentieux constitutionnel français*, 5a ed., Paris, PUF, 2020, pp. 738-745, en xxvii+846 pp.

⁴³ Vedel, G., "Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (II)", en *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2, 1997, «<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/exces-de-pouvoir-administratif-et-exces-de-pouvoir-legislatif-ii>» (consulté le 1er juin 2021).

que, tomadas aisladamente, estas disposiciones serían evidentemente inconstitucionales; que de hecho impondrían en cualquier momento a las personas que posean o controlen los diarios en cuestión el respeto de los límites máximos cuya superación puede depender del éxito con el público de dichos diarios o de las deficiencias de los diarios competidores; que afectarían así la libertad de estas personas y, más aún, la libertad de los lectores, infracción directamente contraria al artículo 11 de la Declaración de 1789;

[...] Que el artículo 13 de la ley dispone: 'Los topes del 15% fijados en los artículos 10 y 11 y los del 10% fijados en el artículo 12 se tasan en el mismo período que constituyan los últimos doce meses conocidos anteriores a la adquisición o toma de posesión. - Para situaciones existentes al momento de la publicación de esta ley, estos topes se evalúan en el mismo período consistente en los últimos doce meses conocidos anteriores a la publicación de esta ley';

[...] Que los artículos 10, 11 y 12 de la ley sólo pueden leerse en los términos del citado artículo 13 que limita la aplicación de los topes previstos en los artículos 10, 11 y 12 a sólo dos casos: por un lado, en caso de rebasamiento en el momento de la publicación de la ley y, por otro lado, en el futuro, en casos de rebasamiento derivado exclusivamente de adquisiciones o adquisiciones; que la propia ley excluye el juego de los topes en caso de creación de nuevos diarios o en caso de desarrollo de circulación por causas distintas de las operaciones de adquisición o toma de posesión; que, por tanto, la libertad de creación y desarrollo natural de los diarios no se ve afectada en modo alguno ni la libre elección de los lectores;

[...] Que debe prevalecer esta interpretación, además de acuerdo con el trabajo preparatorio; que en consecuencia cualquier otra interpretación que conduzca a la aplicación de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 12 de la ley fuera del marco trazado por el artículo 13 sería contraria a la Constitución.

Asimismo, en la decisión No. 2001-455 DC, el Consejo especifica (cons. 115):

Que en virtud de la misión encomendada a los jurados prevista en los artículos 134 y 137 de la referida ley, los miembros de dichos jurados ocupan ‘dignidades, lugares y trabajos públicos’ en el sentido del artículo 6 de la Declaración de 1789; que los artículos 134 y 137, que retoman la redacción adoptada por la citada ley de 9 de mayo de 2001 relativa a la igualdad profesional, sólo establecen un objetivo de representación equilibrada entre mujeres y hombres; que no tienen por objeto y no pueden tener por efecto hacer prevalecer, durante la constitución de estos jurados, la consideración de la clase sobre la de competencias, aptitudes y calificaciones; que, con sujeción a esta reserva, los artículos 134 y 137 no requieren crítica alguna en cuanto a su conformidad con la Constitución.⁴⁴

Más recientemente, afirma, en la decisión No. 2021-817 DC (§ 120), que:

El legislador ha impuesto expresamente que las cámaras individuales estén equipadas con dispositivos técnicos que garanticen la integridad de las grabaciones y la trazabilidad de las consultas cuando se realicen en el marco de una intervención. Sin embargo, estas disposiciones no pueden interpretarse, llevar a desconocer los derechos de la defensa y el derecho a un juicio justo, en el sentido de que se garantiza la integridad de las grabaciones realizadas así como la trazabilidad de todas sus consultas hasta su supresión.

Como parte del control *a posteriori*, el Consejo hace lo propio y rechaza la solicitud si es posible dar a la ley en cuestión una interpretación conforme a la Constitución. En la decisión 2011-127 QPC, por ejemplo, retiene (contras 9),

⁴⁴ V. également Conseil constitutionnel, décisions No. 83-160 DC, cons. 9; 83-167 DC, cons. 26; 94-352 DC, cons. 8; 2002-455 DC, cons. 56; 2004-490 DC.

que estas disposiciones no pueden, sin infringir desproporcionadamente los derechos de las víctimas de irregularidades, ser interpretadas en el sentido de que constituyen, por sí mismas, un obstáculo para la gente víctima de mar, durante la ejecución de su contrato de contratación marítima, de un accidente de trabajo imputable a culpa inexcusable de su parte de su empleador podrá solicitar, ante los tribunales de seguridad social, una indemnización adicional en las condiciones previstas en el capítulo 2 del título V del libro IV del Código de Seguridad Social; que, sujeto a esta reserva, estas disposiciones no infringen el principio de responsabilidad.⁴⁵

39. Las llamadas reservas «constructivas» se suman luego a la ley remitida al Consejo Constitucional a fin de garantizar que se lea y aplique plenamente de conformidad con la Constitución. Por ejemplo, en la decisión No. 92-307 DC, el Consejo considera (cons. 29-30):

que se desprende de los términos del inciso tercero del inciso I del artículo 20 bis añadido a la ordenanza de 2 de noviembre de 1945 que, de acuerdo con el principio de respeto al derecho de defensa, no puede imponerse ninguna sanción a una empresa de transporte sin que este último haya podido acceder al expediente que le concierne y presentar sus observaciones sobre el presunto incumplimiento; que en virtud del cuarto párrafo del artículo 20 bis I, no se podrá imponer multa por hechos que se remonten a más de un año;

[...] Que también cabe señalar que cualquier decisión que imponga una sanción puede ser objeto ante el tribunal administrativo de un recurso de apelación de plena competencia; que la suspensión de la ejecución de la decisión impugnada puede solicitarse en aplicación de las normas del derecho común; que estando reservado el derecho de recurso a la sociedad sancionada, su ejercicio no puede, de acuerdo con los principios generales del derecho, conducir a un empeoramiento de su situación.

⁴⁵ V. *également* p. ex. Conseil constitutionnel, décision No. 2010-20/21 QPC.

En cuanto al delito de desacato al himno nacional o la bandera nacional, el Consejo observa, según una lógica comparable en la sentencia No. 2003-467 DC (cons. 104):

Que quedan excluidos del alcance del artículo criticado las obras del espíritu, las manifestaciones realizadas en un círculo privado, así como los actos realizados durante manifestaciones no organizadas por las autoridades públicas o no reguladas por ellas; que la expresión "eventos regulados por las autoridades públicas", informados por los trámites parlamentarios, debe entenderse como los eventos públicos de carácter deportivo, recreativo o cultural que se desarrollen en foros sujetos por leyes y reglamentos a normas de higiene y seguridad por razón de la número de personas a las que dan la bienvenida.⁴⁶

40. Las llamadas reservas «directivas» indican finalmente cómo debe aplicarse la ley, así preservada de una declaración de inconstitucionalidad. La Decisión 2003-467 DC ofrece varios ejemplos. El Consejo Constitucional tiene cuidado de no censurar determinadas disposiciones, al tiempo que especifica:

42. Considerando, en tercer lugar, que en caso de sobreseimiento o decisión de despido, los datos personales de los imputados se conservan salvo que el Ministerio Público ordene su supresión; que, de no ser así, las decisiones de despido y, cuando estén motivadas por insuficiencia de cargas, clasificaciones sin continuación sean objeto de mención en el expediente; que, por tanto, corresponderá a la autoridad judicial apreciar en cada caso, teniendo en cuenta los motivos de la decisión adoptada, si las necesidades de orden público justifican o no el mantenimiento de los datos en cuestión; [...]

57. Considerando, finalmente, que en ausencia de medios automáticos de ejecución del adeudo domiciliado y teniendo en

⁴⁶ V. également p. ex. Conseil constitutionnel, décisions No. 76-67 DC; 80-127 DC; 92-307 DC; 93-325 DC; 99-419 DC; 2004-492 DC.

cuenta la gravedad de los hechos susceptibles de haber sido cometidos, el legislador no fijó una cuantía desproporcionada para la denegación del adeudo domiciliado; que, sin embargo, corresponderá al tribunal penal, al dictar la sentencia que sanciona esta denegación, proporcionar esta última a lo que pudiera ser infligido por el delito o la infracción con motivo de la cual se solicitó el embargo; que, sujeto a esta reserva, el artículo 30 no es contrario a la Constitución; [...]

63. Considerando, finalmente, que las sanciones previstas por el nuevo artículo 225-10-1 del código penal no son manifiestamente desproporcionadas; que, no obstante, corresponderá al tribunal competente tener en cuenta, al dictar la sentencia, la circunstancia de que el autor haya actuado bajo amenaza o coacción; que, sujeto a esta reserva, la disposición criticada no es contraria al principio de necesidad de las sanciones; [...]

85. Considerando que, si bien el principio de presunción de inocencia no puede invocarse útilmente fuera del ámbito del derecho penal, ni el principio del derecho de defensa invocado útilmente contra la retirada de la tarjeta de residencia por razones de orden público, lo que no constituye un sanción pero una medida policial, el interesado podrá presentar sus observaciones sobre la medida de desistimiento prevista en las *condiciones previstas por la normativa de derecho común, relativa al procedimiento administrativo*;

En la decisión No. 2021-817 DC, el Consejo considera (§ 26) que

Si le fuera posible al legislador no fijar los criterios según los cuales se realizan las operaciones de cacheo, inspección y registro de equipajes para el acceso a eventos deportivos, recreativos o culturales, estas verificaciones así encomendadas por la ley a agentes del público la autoridad sólo pueden ejercerse sobre la base de criterios que excluyan cualquier tipo de discriminación entre personas. Sin perjuicio de esta reserva, las disposiciones impugnadas no infringen el principio de igualdad ante la ley.

41. Por tanto, parece que estas directivas pueden dirigirse a las autoridades administrativas,⁴⁷ así como a las autoridades judiciales. Decisión No. 93-323 DC, especifica en este sentido (cons. 10)

Que corresponde a las autoridades administrativas y judiciales velar por el pleno cumplimiento de todas las condiciones formales y sustantivas establecidas por el legislador; que, en particular, corresponde a los tribunales competentes censurar y reprimir las ilegalidades que se cometan y prever eventualmente la reparación de sus nefastas consecuencias; que así vuelve a la autoridad judicial resguardando la libertad individual de controlar en particular las condiciones relativas a la legalidad, realidad y pertinencia de las razones que han motivado las operaciones de control y verificación de identidad; que a tal efecto le corresponde evaluar, en su caso, el comportamiento de las personas interesadas.

Según la decisión No. 86-207 DC, se trata de un verdadero manual de privatización que el Consejo dispuso para el gobierno (cons. 61):

Considerando, asimismo, que lo dispuesto en el artículo 5 a que se refiere el segundo párrafo del artículo 4 debe entenderse en el sentido de que obliga al Gobierno a adoptar por ordenanza disposiciones según las cuales la valoración del valor de las empresas a transferir se hará por los expertos que son completamente independientes de los compradores potenciales; que se llevará a cabo según los métodos objetivos comúnmente practicados en materia de enajenación total o parcial de los activos de la sociedad, teniendo en cuenta, según una ponderación adecuada en cada caso, el valor de mercado de los valores, el valor de los activos, los beneficios obtenidos, la existencia de filiales y las perspectivas de futuro; que, de igual forma, la ordenanza deberá prohibir la transferencia en caso de que el precio propuesto por los compradores no sea mayor o al menos igual a esta evaluación; que la

⁴⁷ V. p. ex. Conseil constitutionnel, décisions No. 2004-504 DC, cons. 13; 2008-573 DC, cons. 26; 2011-126 QPC, cons. 9; 2017-674 QPC, §§ 11 et 12.

elección de los compradores no debe derivarse de ningún privilegio; que se debe preservar la independencia nacional; que cualquier otra interpretación sería inconstitucional.

Estas reservas también pueden referirse a personas privadas, como la directiva formulada por el Consejo en la decisión No. 2007-556 DC (cons. 31):

Según los términos del artículo 5, la información de las declaraciones individuales sólo puede utilizarse para 'la organización del servicio durante la huelga'; [...] Están amparados por el secreto profesional; [...] Su utilización para otros fines o su comunicación a cualquier persona distinta de las designadas por el empleador como responsable de la organización del servicio, incurrirá en las sanciones previstas en el artículo 226-13 del Código Penal; [...] En el silencio de la referida ley, las disposiciones de la mencionada ley de 6 de enero de 1978 se aplican automáticamente al procesamiento de datos personales que posiblemente pudieran ser implementados; [...] Así, la obligación de declaración individual va acompañada de garantías específicas para asegurar, para los empleados, el respeto de su derecho a la vida privada.

42. Según Valérie Goesel-Le Bihan, las decisiones de constitucionalidad temporal o de inconstitucionalidad virtual (ver *supra*, No. 33 *et seq.*) Pueden entenderse como reservas directivas dirigidas al legislador.⁴⁸ Este último queda así llamado a modificar la ley, cuya constitucionalidad sólo se conserva en espera de su intervención correctiva. Las directivas dirigidas a estos últimos pueden identificarse más fácilmente en decisiones como la Decisión No. 83-164 DC. El Consejo declara allí (cons. 30) que

Para cumplir plenamente y de forma expresa tanto los requisitos de la libertad individual y la inviolabilidad del domicilio como

⁴⁸ Goesel-Le Bihan, V., *Contentieux constitutionnel*, préf. Wachsmann Conseil constitutionnel, 2a éd., Paris, Ellipses, 2016, p. 245, en 311 pp.

los de la lucha contra el fraude fiscal, lo dispuesto en el artículo 89 debió ir acompañado de prescripciones y aclaraciones que prohibieran cualquier interpretación o abuso práctica y, por lo tanto, no puede, en su forma actual, declararse de conformidad con la Constitución.

Posteriormente el legislador la cumplió (sentencia No. 84-184 DC, cons. 35).⁴⁹

VI. Modulación de los efectos temporales de las decisiones

43. La cuestión del efecto temporal de las decisiones del Consejo Constitucional, que es fundamental en materia de control *a posteriori*, es objeto de disposiciones constitucionales y orgánicas expresas (ver *supra*, No. 20). Por los matices que demuestran, exponen la toma en cuenta de las lecciones que el Constituyente francés ha aprendido de la experiencia de la justicia constitucional en otros estados. De hecho, se ha observado que un sistema en el que las decisiones de inconstitucionalidad producen un efecto *ex tunc* corre el riesgo de cuestionar, a veces mucho después de la adopción de la ley censurada, un número considerable de situaciones legales establecidas: prestaciones sociales pagadas, contratos celebrados, nombramientos de funcionarios, impuestos recaudados, condenas penales dictadas, etc. Puede conducir, cuando se eliminan secciones enteras de la legislación de esta manera, a la aparición repentina de importantes lagunas legales. Esto puede resultar en la desestabilización del orden legal.

Por el contrario, el sistema de efecto *ex nunc* corre el riesgo de no ser de interés para los litigantes. Si bien las normas inconstitucionales no se derogan hasta después de la decisión judicial, aún son aplicables a los hechos que dieron lugar a la remisión al juez, en el momento en que se encontraban vigentes y, por tanto, aplicables. Además, la aplicación conti-

⁴⁹ V. également Conseil constitutionnel, décisions n° 97-395 DC, cons. 14; 98-405 DC, cons. 5; 2005-528 DC, cons. 23 et 24; 2005-530 DC, cons. 27 et 37.

nuada de la norma considerada inconstitucional en casos pasados puede parecer impactante, por ejemplo, en materia penal. Además, dicho sistema permitiría a los poderes públicos adoptar una sucesión de normas inconstitucionales cuya plena aplicabilidad les estaría asegurada hasta el momento de su nulidad. Una vez más, la garantía de la constitución no estaría asegurada.

Sin ser tan permisivo como el artículo 5 de la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador, que en general establece que "Las juezas y jueces, cuando ejerzan jurisdicción constitucional, regularán los efectos en el tiempo, la materia y el espacio de sus providencias para Garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional" (ver también los artículos 95 y 96.4 de la LOGJCC), el artículo 172.1 C sudafricano o el artículo 80 de la LCC bielorruso, el artículo 62 C de 1958 establece que

Una disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61-1 no se aplicará a la publicación de la decisión del Tribunal Constitucional o una fecha posterior fijada en dicha decisión. El Tribunal Constitucional determinará las condiciones y los límites en que los efectos producidos por la disposición pueden cuestionarse.

44. El principio es el del efecto *ex nunc* de la declaración de inconstitucionalidad (decisiones No. 2010-81 QPC; 2010-97 QPC; 2010-100 QPC; 2011-176 QPC). Por tanto, la decisión produce efectos inmediatos y puede invocarse en los procesos y procesos en curso (decisiones No. 2010-33 QPC; 2011-176 QPC; 2011-200 QPC; 2013-372 QPC; 2014-414 QPC; 2016-553 QPC ; 2017-663 QPC; 2019-774 QPC; 2020-54 QPC).

No obstante, es posible que el Consejo Constitucional califique este efecto en dos sentidos distintos. En primer lugar, puede aplazar esta derogación, y hacer que produzca un efecto pro futuro, como lo hizo la Junta

en 87 ocasiones el 31 de diciembre de 2020 en el marco del control basado en el artículo 61-1. C. El Consejo ya se había dotado de manera pretoriana con esta facultad en el marco del control *a priori*. En la decisión No. 2008-564 DC, consideró (cons. 56 a 58):

que en virtud del artículo 7 de la Carta Ambiental, el derecho de cualquier persona a acceder a la información relativa al medio ambiente en poder de las autoridades públicas se ejerce "en las condiciones y dentro de los límites definidos por la ley"; que según el artículo 34 de la Constitución: "La ley fija las normas relativas a las garantías fundamentales otorgadas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas y la determinación de los delitos y faltas, así como las penas que les son aplicables"; que determine los principios fundamentales "de la preservación del medio ambiente";

[...] Que al limitarse a referirse de manera general al poder regulador la tarea de establecer el listado de información que en ningún caso puede ser confidencial, el legislador, en cuanto a la vulneración de secretos protegidos, desestimó el ámbito de su competencia; que, por lo tanto, la referencia al decreto del Consejo de Estado hecha por el tercer párrafo del artículo L. 532-4-1 y el segundo párrafo del II del artículo L. 535-3, por resultar de los párrafos noveno y decimotercero del artículo 11 de la referida ley, es contrario a la Constitución;

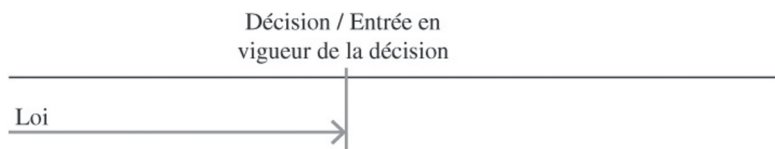
En cuanto a las consecuencias de la inconstitucionalidad de las referidas disposiciones:

[...] Que la determinación de la información que en ningún caso puede ser considerada confidencial es requerida, en términos de uso confinado de organismos genéticamente modificados, por el artículo 19 de la citada Directiva 90/219 / CE y, en lo que respecta a la liberación deliberada de tales organismos, en virtud del artículo 25 de la Directiva 2001/18 / CE; que, en consecuencia, la elaboración de las listas que enumeran esta información se deriva

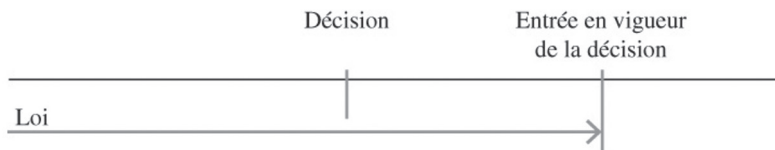
de la exigencia constitucional de transposición al Derecho interno de las Directivas comunitarias; que la declaración inmediata de inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas podría ignorar tal requisito y tener consecuencias manifiestamente excesivas; que, en consecuencia, para que el legislador pueda proceder a la subsanación de la incompetencia negativa señalada, es necesario posponer al 1 de enero de 2009 los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.⁵⁰

Entonces puede producir un efecto retroactivo, sin necesariamente remontarse al momento de la entrada en vigor de la ley censurada, lo que equivaldría a un efecto *ex tunc*. Esto da como resultado una pluralidad de hipótesis, de la cual Pierre-Yves Gahdoun ofrece una presentación gráfica:⁵¹

Cas n° 1 : abrogation immédiate



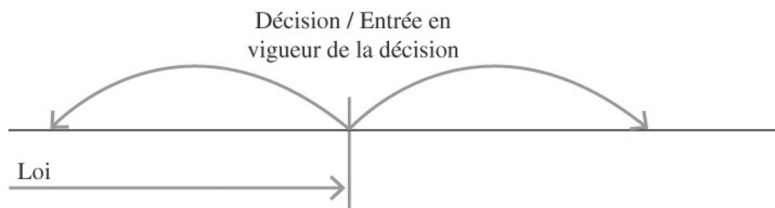
Cas n° 2 : abrogation différée



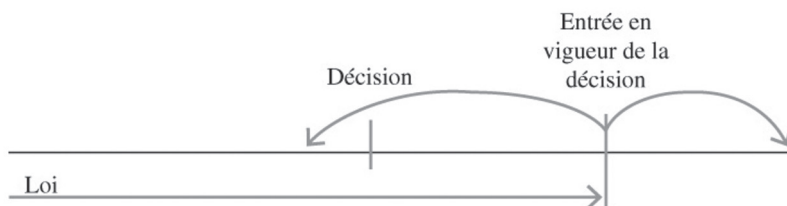
⁵⁰ V. ensuite Conseil constitutionnel, décision No. 2011-635 DC, cons. 53.

⁵¹ Gahdoun, P.-Y., "L'émergence d'un droit transitoire constitutionnel", en *Revue du droit public*, 2016, pp. 149-184. V. également Deumier, P., "Les effets dans le temps des décisions QPC: un droit des conséquences des décisions constitutionnelles", en *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, No. 47, 2015, «<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc-un-droit-des-consequences-des-decisions>» (consulté le 1er juin 2021); Disant, M., "Les effets dans le temps des décisions QPC", en *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, 2013, «<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc>» (consulté le 1er juin 2021).

Cas n° 3 : abrogation immédiate avec postactivité ou rétroactivité des effets



Cas n° 4 : abrogation différée avec postactivité ou rétroactivité des effets



45. La principal ventaja de posponer una derogación tras una declaración de inconstitucionalidad realizada en el marco de la QPC, utilizada a partir de la decisión No. 2010-1 QPC, tiene el mayor interés de evitar la aparición repentina de un vacío, desprecio de los principios constitucionales, dejando al legislador tiempo suficiente para adoptar la legislación sustitutiva. Por ejemplo, cuando censura en la sentencia No. 2010-14 / 22 QPC las disposiciones del Código Procesal Penal que regulan la custodia policial por desconocer los artículos 9 y 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el Consejo Constitucional no pronuncia la derogación inmediata. De hecho, esto habría obstaculizado considerablemente, en espera de un nuevo texto, el mantenimiento del orden público. Por tanto, el Consejo precisa, a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad (cons. 30),

por un lado, que el Consejo Constitucional no tiene un poder general de apreciación de la misma naturaleza que el del Parlamento; que no le corresponde señalar las modificaciones de las normas procesales penales que deben elegirse para subsanar la inconstitucionalidad señalada; que, por otro lado, si, en principio,

una declaración de inconstitucionalidad beneficiara a la parte que planteó la cuestión prioritaria de constitucionalidad, la derogación inmediata de las disposiciones impugnadas desconocería los objetivos de prevención de las vulneraciones del orden público y búsqueda de los responsables. y daría lugar a consecuencias manifiestamente excesivas; que, por tanto, es necesario aplazar hasta el 1 de julio de 2011 la fecha de esta derogación para que el legislador pueda subsanar esta inconstitucionalidad; que las medidas tomadas antes de esa fecha en aplicación de disposiciones declaradas contrarias a la Constitución no pueden ser impugnadas sobre la base de esta inconstitucionalidad.

El interés de la protección de la fauna y la flora (2012-269 QPC), el requisito de protección de la salud (decisiones No. 2010-71 QC; 2011-135 / 140 QPC), la preocupación por evitar la abolición de los derechos otorgados a los huérfanos (decisión No. 2010-108 QPC), la preservación de los derechos de los litigantes (decisiones No. 2011-112 QPC; 2011-147 QPC; 2015-500 QPC; 2016-601 QPC; 2018-715 QPC; 2018-762 QPC; 2019-773 QPC), la complejidad de las consecuencias que se deben derivar de la decisión tributaria (decisiones No. 2013-323 QPC; 2014-397 QPC; 2015-499 QPC), la prevención de violaciones del orden público y la búsqueda para los perpetradores (decisiones No. 2013-357 QPC; 2014-387 QPC), los intereses de los militares (decisión No. 2012-432 QPC) o, de manera más general, el hecho de que la derogación inmediata "conllevaría consecuencias manifiestamente excesivas,"⁵² llevaría así al Consejo a modular en el tiempo el efecto de sus decisiones.

46. Si bien preserva ciertos intereses constitucionales, el aplazamiento de la derogación de la legislación inconstitucional no es menos ambiguo. De hecho, asegura el mantenimiento de la aplicación de la legislación defectuosa con respecto a la norma fundamental. Para remediar esto, el Consejo establece con frecuencia un régimen transitorio, destinado a

⁵² V. p. ex. Conseil constitutionnel, décision No. 2021-908 QPC, § 13.

garantizar que, en el intervalo entre su declaración de inconstitucionalidad y la derogación de la ley, la ley aplicable sea lo más compatible posible con los requisitos constitucionales. De este modo, a veces obliga a otros actores legales a abstenerse de implementar una legislación defectuosa, que, sin embargo, decide dejar de aplicar. Por ejemplo, en la decisión 2014-413 QPC, el Consejo censuró una disposición del código fiscal general por ignorar el principio de igualdad ante las cargas públicas. Ante los inconvenientes de una derogación inmediata, que tendría el efecto de restablecer el mecanismo fiscal sobre el que ha reemplazado la ley censurada, decide posponer por varios meses el efecto de su declaración de inconstitucionalidad. Mientras tanto, decide (cons 8),

con el fin de preservar el efecto útil de esta decisión, en particular para la solución de solicitudes de amparo, denuncias y trámites pendientes, [que] corresponde a las administraciones y tribunales competentes suspender los trámites hasta la entrada en vigor de la nueva Ley o, a más tardar, hasta el 1 de enero de 2015 en los procesos actuales o futuros, cuyo resultado dependa de la aplicación de las disposiciones declaradas inconstitucionales.⁵³

En la misma línea, en la decisión No. 2012-262 QPC, el Consejo considera (contras 9), ante una inconstitucionalidad señalada acertadamente por los demandantes y basada en el desconocimiento de la obligación de participación ciudadana en el ‘desarrollo de las decisiones públicas impuesta por la Carta Ambiental’, que

La derogación inmediata de las disposiciones declaradas contrarias a la Constitución tendría el único efecto de eliminar las disposiciones que permiten la información al público sin cumplir con los requisitos del principio de participación pública; que, en consecuencia, procede posponer al 1 de enero de 2013 la fecha de derogación de estas disposiciones.

⁵³ V. également Conseil constitutionnel, décision No. 2010-1 QPC, cons. 12.

En la medida en que la censura "seca" de una disposición insuficiente socavaría aún más los requisitos constitucionales ignorados en este caso, parece natural que el Consejo posponga el efecto de su decisión de derogación. En otras circunstancias, el Consejo acompañó una decisión de derogación pro futuro con directivas sobre la interpretación que podría darse a las disposiciones que fueron censuradas pero que se mantuvieron en vigor. Según decisión No. 2015-506 QPC (cons. 19),

Para poner fin a la inconstitucionalidad señalada a partir de la publicación de esta decisión, es necesario juzgar que lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 56 del código procesal penal no puede interpretarse en el sentido de permitir, contar de esta publicación, la incautación de elementos amparados por el secreto de deliberación.

Más explícitamente, el propio Consejo a veces define las reglas aplicables entre su decisión de censura y la derogación de las disposiciones a las que se refiere. En la resolución No. 2014-457 QPC, consideró que la composición del Consejo Nacional de la Orden de Farmacéuticos resolviendo en materia disciplinaria violaba el principio de independencia de los tribunales. La derogación de las disposiciones en cuestión supondría un cambio en la composición de este órgano no sólo de sus competencias disciplinarias, sino de todas sus competencias. Al juzgar estas consecuencias excesivas, el Consejo Constitucional difiere el efecto de su derogación. Sin embargo (recomendación 9),

Para poner fin a la inconstitucionalidad encontrada a partir de la publicación de esta decisión, conviene sostener que, hasta la entrada en vigor de una nueva ley o, a más tardar, hasta el 31 de diciembre de 2015, los representantes del Estado dejarán de ocupar sobre la decisión del Consejo Nacional de la Orden de Farmacéuticos en la formación disciplinaria.⁵⁴

⁵⁴ V. également Conseil constitutionnel, décisions No. 2014-420/421 QPC; 2016-566 QPC; 2016-590 QPC.

Por tanto, el propio juez constitucional define de manera transitoria, para los meses venideros, la composición de este órgano, en sustitución del legislador. Asimismo, en la sentencia No. 2021-909 QPC (§ 12), tras haber censurado el artículo 536 del código procesal penal en cuanto excluye la posibilidad de que una persona sea citada directamente ante el juzgado de policía y devuelta a los efectos de la acusación. Para solicitar, durante este mismo trámite, la orden de la parte civil al pago de daños y perjuicios por abuso de la constitución de parte civil, el Consejo decide:

Para poner fin a la inconstitucionalidad establecida a partir de la publicación de esta resolución, conviene señalar que, hasta la entrada en vigor de una nueva ley y, a más tardar, hasta el 31 de diciembre de 2021, cuando la propia parte civil haya puesto en marcha la acción pública, el Juzgado de Policía resuelve por la misma sentencia sobre la demanda de daños y perjuicios formulada por el absuelto contra la parte civil por abuso de la constitución de parte civil.

47. La preocupación por la seguridad jurídica también lleva al Consejo Constitucional a admitir en ocasiones que los efectos de determinadas leyes consideradas inconstitucionales persisten en el futuro. Así, los contratos celebrados sobre la base de sus disposiciones pueden conservarse (decisiones No. 85-187 DC, cons. 10; 2011-205 QPC, cons. 9; 2012-656 DC, cons. 19; 2014-410 QPC, cons. 11). En esta medida, la ley derogada sigue produciendo ciertos efectos. También decide que la inconstitucionalidad de la ley no priva a la base jurídica de los actos administrativos adoptados en su base (decisiones No. 2010-45 QPC; 2012-269 QPC) o que las decisiones tomadas en aplicación de las disposiciones censuradas no pueden ser impugnadas sobre esta base (decisiones No. 2012-270 QPC; 2014-388 QPC; 2014-398 QPC; 2016-567 / 568 QPC; 2018-730 QPC).

48. La retroactividad de los efectos de la censura puede manifestarse de varias formas. En general, el Consejo considera, según un considerando

de principio formulado con motivo de la Decisión No. 2010-108 QPC (cons. 5), que

Si, en principio, la declaración de inconstitucionalidad beneficia al autor de la cuestión prioritaria de constitucionalidad y la disposición declarada contraria a la Constitución no puede aplicarse en los procesos pendientes a la fecha de publicación de la decisión del Consejo de Constitución, lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución reserva a estos últimos la facultad tanto de fijar la fecha de la derogación como de aplazar sus efectos en el tiempo, así como de prever la puesta en duda de los efectos que la disposición produjo antes del final del período de esta declaración.

También es posible que el Consejo Constitucional imponga que la disposición censurada ya no se aplique a los procesos pendientes en la fecha de publicación de su decisión. De ello se desprende que la nueva ley resultante de su decisión es de aplicación inmediata a los hechos que le hayan surgido.⁵⁵ Por ejemplo, en la decisión No. 2012-240 QPC sobre el delito de acoso sexual, la Junta consideró (contras 5 a 7):

que de lo anterior se desprende que el artículo 222-33 del Código Penal permite que el delito de acoso sexual sea punible sin que se definan suficientemente los elementos constitutivos del delito; que así, estas disposiciones desconocen el principio de legalidad de los delitos y penas y deben ser declaradas contrarias a la Constitución;

[...] Que en virtud del segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución: "Se deroga la disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61-1 a partir de la publicación de la decisión del Consejo Constitucional o de una fecha posterior fijada por esta decisión. El Consejo Constitucional determina las condiciones y límites dentro de los cuales es probable que se

⁵⁵ Conseil constitutionnel, décisions No. 2010-14/22 QPC; 2010-33 QPC; 2010-108 QPC; 2013-331 QPC; 2015-498 QPC; 2015-509 QPC.

cuestionen los efectos que ha producido la disposición"; que, si, en principio, la declaración de inconstitucionalidad beneficia al autor de la cuestión prioritaria de constitucionalidad y la disposición declarada contraria a la Constitución no puede aplicarse en los procesos pendientes a la fecha de publicación de la decisión del Consejo Constitucional, las disposiciones del artículo 62 de la Constitución reservan a estas últimas la facultad tanto de fijar la fecha de la derogación como de postergar sus efectos en el tiempo, así como de prever la puesta en duda de los efectos que la disposición ha producido antes de la intervención de esta declaración;

[...] Que la derogación del artículo 222-33 del código penal entra en vigencia a partir de la publicación de esta decisión; que es aplicable a todos los casos que no hayan sido juzgados definitivamente en esa fecha.

El Consejo también pudo decidir que la disposición que establece la censura de un delito, este último ya no puede ser retenido por un tribunal, ni aparecer en los antecedentes penales (decisiones No. 2011-163 QPC y 2011-222 QPC, relativas a violaciones y agresiones sexuales calificadas de incestuosas), ni continúan ejecutándose las sentencias dictadas (sentencia No. 2013-318 QPC, cons. 21, relativa a infracciones a la legislación sobre la actividad de transporte de personas mediante vehículos de motor de dos o tres ruedas).

Por tanto, la jurisprudencia del Consejo Constitucional sobre los efectos temporales de sus decisiones es particularmente refinada.

F. Efectos de las sentencias constitucionales

49. Los efectos prácticos de las sentencias constitucionales se encuentran en diferentes niveles. De manera difusa, determinan en primer lugar las representaciones de sí mismo que el Consejo Constitucional ha podido construir a lo largo de su historia (1); más precisamente, su

alcance vinculante debe ser valorado tanto desde el punto de vista del propio Consejo Constitucional (2), como de las instituciones con las que entra en contacto (3).

I. Representaciones del Consejo Constitucional

50. Los efectos del uso que hace el Consejo Constitucional del abanico de decisiones que es probable que emita en primer lugar aparecen, en un nivel relativamente abstracto, respecto de las representaciones que éste ofrece de él.⁵⁶ A pesar de su estabilidad orgánica, la percepción funcional del Consejo Constitucional ha cambiado considerablemente, por iniciativa del propio Consejo. Se pueden distinguir así tres figuras principales del juez constitucional.

51. El primero es el del "perro guardián" del ejecutivo o el "cañón dirigido al parlamento".⁵⁷ El papel principal del Consejo es entonces asegurar que el Parlamento permanezca dentro de los límites que le asignó la constituyente de 1958 con el fin de restablecer la autoridad del Estado. Como "regulador de la actividad de los poderes públicos" (resolución No. 62-20 DC, cons. 2),⁵⁸ su actividad se relaciona esencialmente con la garantía del respeto del reparto de competencias establecido entre el Poder Constituyente, el legislador orgánico y el legislador ordinario, así como entre el parlamento y el gobierno.

52. Durante la década de 1970, gracias en particular a la revisión constitucional de 1974 que abrió la remisión al Consejo Constitucional a 60

⁵⁶ Sur cette perspective, v. Vedel, G., "Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme", en *Pouvoirs*, No. 45, 1988, pp. 149-159; Champeil-Desplats, V., *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, préf. Troper, M., Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Paris, Economica, 2001, p. 306.

⁵⁷ V. Bergougnous, G., "Le Conseil constitutionnel et le législateur", en *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, No 38, 2013, «<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-et-le-legislateur>» (consulté le 1er juin 2021).

⁵⁸ V. Favoreu, L., "Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1967, pp. 5-120.

diputados o 60 senadores, la posibilidad de solicitar su intervención se convirtió en un elemento del estatuto de la oposición. Esta nueva prerrogativa de la minoría política, que en lo sucesivo probablemente tenga razón jurídica y sea políticamente incorrecta, ha provocado un aumento del número de remisiones y un correspondiente enriquecimiento de la jurisprudencia. El Consejo ha tenido que abordar gradualmente cuestiones relacionadas menos con problemas técnicos de distribución de poderes y más con cuestiones importantes relacionadas con la protección de los derechos fundamentales.

53. Esta dinámica conduce a la tercera gran representación del Consejo Constitucional como garante de derechos y libertades. Esta lectura domina hoy, al igual que el procedimiento de la cuestión prioritaria de constitucionalidad en particular. Va acompañado del posible desarrollo de una nueva cultura constitucional. Por primera vez en la historia de Francia, los propios ciudadanos pueden aferrarse a la norma fundamental con ocasión de las disputas en las que son parte, al igual que los litigantes que viven bajo el imperio de un sistema de revisión constitucional difuso o los que tienen derecho a utilizar un sistema constitucional o mecanismo de denuncia. Es probable que surja un deber constitucional vivo, que evolucione a la luz de las preocupaciones y necesidades de la sociedad francesa.⁵⁹

II. Efectos internos de las decisiones

54. Más concretamente, es posible examinar los efectos de las decisiones del Consejo Constitucional en dos direcciones. El primero es interno y se refiere a los efectos de sus decisiones en el propio Consejo Constitucional. Al igual que el legislador (decisiones No. 89-258 DC, cons. 12 y ss.; 2013-685 DC, cons. 9 y ss.) Y los tribunales ordinarios (Consejo

⁵⁹ Tusseau, G., "The Evolution and Gestalt of the French Constitution", en Von Bogdandy, A., Huber, P.M., Villalón, P. y Ragone, S. (eds.), *Ius Publicum Europaeum*, Oxford, Oxford University Press, vol. 2, à paraître; Cartier, E., Gay, L. y Viala, A. (dirs.), *La QPC: vers une culture constitutionnelle partagée*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2015, pp. 280.

de Estado, 20 de diciembre de 1985, No. 31927; Consejo de Estado, Ass., 11 de marzo de 1994, No. 115052), el Consejo Constitucional aparece obligado por la autoridad absoluta que corresponde a sus propias decisiones. Por tanto, se niega a examinar la constitucionalidad de las disposiciones sobre las que ya se ha pronunciado. En la resolución No. 92-312 DC, especifica (cons. 36):

que, en su resolución de 9 de abril de 1992, el Consejo Constitucional, luego de haber señalado las estipulaciones del tratado sometido a su examen que eran, en el estado, contrarias a la Constitución, consideró que no era así en ningún caso. Otras disposiciones del compromiso internacional en cuestión; que la autoridad que se adhiere a la cosa juzgada por el Consejo Constitucional se opone a que las estipulaciones del Tratado de la Unión Europea "en materia de seguridad" puedan ser cuestionadas útilmente, como tampoco el artículo 104 C añadido al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea o la nueva redacción conferida al artículo 171 de la misma.

En materia de control *a posteriori*, la propia admisibilidad de la cuestión prioritaria de constitucionalidad está subordinada a la ausencia de una declaración previa de constitucionalidad en los motivos y en la parte resolutive de una decisión del Consejo Constitucional (artículo 23-2 y s. de la OLOCC). También los jueces *a quibus* se niegan a transmitir una cuestión prioritaria de constitucionalidad en el caso de que el Consejo haya declarado conforme a la Constitución no sólo la disposición controvertida, sino una disposición idéntica o similar en sustancia a la que se impugna (Consejo de Estado, septiembre 28 de 2016, No. 397231; Consejo de Estado, 7 de julio de 2017, No. 410620; Consejo de Estado, 28 de diciembre de 2017, No. 415038; ver arriba, No. 31 y siguientes). El Consejo Constitucional pronuncia, por ejemplo, un lugar en la decisión No. 2010-44 QPC, mientras que la constitucionalidad de la disposición en cuestión ya se ha señalado en la decisión No. 81-133 DC, o en la decisión No. 2012-287 QPC, mientras que la inconstitucionalidad de la disposición en cuestión ya fue censurada en la decisión No. 2012-293 / 294/295/296 QPC.

55. Sin embargo, es probable que un cambio en las circunstancias de hecho o de derecho lleve al Consejo Constitucional a reconsiderar su evaluación de la validez de un texto legislativo. Éste puede ser el caso cuando se ha modificado el parámetro de control, por lo que es probable que se produzca una inconstitucionalidad que ha surgido (decisiones No. 99-410 DC, cons. 4; 2004-490 DC). En la decisión No. 2008-573 DC, decide (cons. 23)

Que el segundo párrafo del 1º del II del artículo 2 de la referida ley dispone que "el número de diputados no podrá ser menor de dos por cada departamento"; que el número total de diputados, que según el artículo 24 de la Constitución no puede exceder de quinientos setenta y siete, fue fijado en este número por la ley orgánica aprobada el 11 de diciembre de 2008; que el último párrafo del artículo 24 de la Constitución exige, además, incluir en él la representación en la Asamblea Nacional de los franceses establecidos fuera de Francia; que así, desde la delimitación de las circunscripciones para la elección de diputados por la citada ley de 24 de noviembre de 1986, el número total de diputados electos en los departamentos debe ser reducido mientras que el número de su población, autenticado por el decreto de 30 de diciembre de 2008 mencionado anteriormente, aumentó en más de 7.600.000 personas; que, por tanto, ante el cambio significativo de estas circunstancias jurídicas y fácticas, el mantenimiento de un mínimo de dos diputados por cada departamento ya no se justifica por un imperativo de interés general susceptible de atenuar el alcance de la norma fundamental según la cual la Asamblea Nacional debe elegirse sobre bases esencialmente demográficas; de ello se desprende que las disposiciones antes mencionadas deben ser declaradas contrarias a la Constitución.

En el contexto de la cuestión prioritaria de constitucionalidad, es probable que un cambio de circunstancias, en los términos del artículo 23-2 de la OLOCC, permita al juez *a quo* así como al juez constitucional examinar la constitucionalidad de una disposición ya declarada en conformidad con la Constitución en los motivos y parte resolutive de una

decisión del Consejo. Como este último especificó en la decisión No. 2009-595 DC (cons.13),

Las tres condiciones que determinan la transmisión de la cuestión prioritaria de constitucionalidad no desconocen el artículo 61-1 de la Constitución; [...] La condición prevista en el 2º del artículo 23-2 se ajusta al último párrafo del artículo 62 de la Constitución que establece: "Las decisiones del Consejo Constitucional no son apelables. Son vinculantes para las autoridades públicas y para todas las autoridades administrativas y judiciales; [...] Al reservarse el caso de 'cambio de circunstancias', da lugar a una disposición legislativa declarada conforme a la Constitución en los motivos y parte resolutive de una decisión del Consejo Constitucional para ser nuevamente sometida a su examen cuando dicha revisión se justifica por los cambios que se hayan producido desde la anterior decisión en las normas constitucionales aplicables o en las circunstancias, de jure o de facto, que afecten al alcance de la disposición legislativa de que se trate.

Una revisión de la Constitución (decisiones No. 99-410 DC, cons. 3 y 4; 2000-429 DC, cons. 6; 2012-233 QPC, cons. 4; Cour de cassation, 2e civ., 3 de julio de 2014, No. 14-60.543) representa tal cambio. Lo mismo se aplica, de acuerdo con la decisión No. 2013-331 QPC (cons. 8), a los frecuentes cambios en la legislación y los cambios en la jurisprudencia del propio Consejo:

Considerando, no obstante, que, por un lado, desde esta declaración de conformidad con la Constitución, el artículo L. 36-11 ha sido modificado en varias ocasiones; que en particular, la ley de 9 de julio de 2004 referida anteriormente encomendó al director de los servicios de la Autoridad la tarea de poner en mora al operador o al proveedor de servicios haciendo caso omiso de una de sus obligaciones, modificó el sistema de suspensión de sanciones que podrá ser pronunciado por la Autoridad, siempre que se cumplan las condiciones en las que la persona en cuestión pueda consultar los resultados de las investigaciones u

opiniones periciales realizadas por la Autoridad; que la citada ley de 4 de agosto de 2008 introdujo la posibilidad de adjuntar un aviso formal a las obligaciones de cumplimiento de etapas intermedias, el incumplimiento de estas etapas también puede derivar en el pronunciamiento de sanción pecuniaria o suspensión; que, por otro lado, en la citada decisión de 12 de octubre de 2012, el Consejo Constitucional dispuso que, cuando dicten sanciones con carácter de castigo, las autoridades administrativas independientes deben respetar en particular el principio de imparcialidad derivado del artículo 16 de la Declaración de 1789; que cada una de estas modificaciones constituye un cambio en las circunstancias legales que justifica, en este caso, el reexamen de lo dispuesto en el artículo L. 36-11 del Código de Comunicaciones Postales y Electrónicas.

56. Un cambio en las circunstancias fácticas, que por ejemplo requieren la implementación de una legislación específica, también puede conducir a la identificación de una inconstitucionalidad que antes no se notaba, en particular en el contexto de un control *a priori*, que permanece marcado por su carácter abstracto. Así, en la decisión No. 2010-14 / 22 QPC, el Consejo volvió a examinar los artículos 63, 63 1, 63-4 y 77 del Código Procesal Penal, aunque los había considerado constitucionales en su decisión No. 93-326. CORRIENTE CONTINUA. Se explica de la siguiente manera:

14. Considerando que, en su decisión antes mencionada de 11 de agosto de 1993, el Consejo Constitucional no examinó específicamente los artículos 63, 63 1, 63 a 4 y 77 del código de procedimiento penal; que, sin embargo, declaró conforme a la Constitución las modificaciones hechas a estos artículos por las disposiciones entonces sometidas a su examen; que estas disposiciones se referían a las condiciones para poner a una persona bajo custodia policial y la prórroga de esta medida, el control de esta por parte del Ministerio Público y el derecho de la persona bajo custodia policial a tener una entrevista de 30 minutos con un abogado; que, con posterioridad a la citada ley de 24 de agosto de

1993, estos artículos del código procesal penal han sido modificados en varias ocasiones; que las disposiciones impugnadas garantizan, en comparación con las examinadas por el Consejo en su decisión de 11 de agosto de 1993, un marco reforzado para el recurso a la custodia policial y una mejor protección de los derechos de las personas sujetas;

15. Considerando, no obstante, que, desde 1993, ciertas modificaciones de las normas procesales penales así como cambios en las condiciones de su implementación han provocado un uso cada vez más frecuente de la custodia policial y alterado el equilibrio de poderes y derechos establecido por el Código de Procedimiento Penal;

16. Considerando que la proporción de procedimientos sometidos a investigación preparatoria ha continuado disminuyendo y representa menos del 3% de las sentencias y órdenes emitidas sobre la acción pública en materia correccional; que, con posterioridad a la Ley de 24 de agosto de 1993, se generalizó la práctica de la denominada tramitación "en tiempo real" de los procesos penales; que esta práctica lleva a la decisión de la fiscalía sobre la actuación pública sobre el informe de la policía judicial antes de que se dé por terminada la custodia; que, si estos nuevos métodos de implementación de la acción pública han permitido una respuesta penal más rápida y diversificada de acuerdo con el objetivo de una buena administración de justicia, lo cierto es que, incluso en los procesos relacionados con hechos complejos o particularmente graves, una persona es ahora la mayoría de las veces juzgado únicamente sobre la base de las pruebas reunidas antes de la expiración de su custodia policial, en particular por las confesiones que pudo haber hecho durante ese período. Que la custodia policial se ha convertido así a menudo en la principal fase de constitución del expediente del procedimiento con miras al juicio del imputado;

17. Considerando, además, que en su redacción resultante de las leyes de 28 de julio de 1978 y 18 de noviembre de 1985 antes

referidas, el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal estableció una lista restringida de personas con calidad de policía judicial, únicamente autorizado para decidir sobre la colocación de una persona bajo custodia policial; que este artículo fue modificado por el artículo 2 de la ley del 1 de febrero de 1994, el artículo 53 de la ley del 8 de febrero de 1995, el artículo 20 de la ley del 22 de julio de 1996, la ley del 18 de noviembre de 1998, el artículo 8 de la ley de 18 de marzo de 2003 y el artículo 16 de la ley de 23 de enero de 2006 referidos anteriormente; que estas modificaciones han dado lugar a una reducción de los requisitos que regulan la atribución de la calidad de agente de la policía judicial a los agentes de la policía nacional ya los soldados de la gendarmería nacional; que, entre 1993 y 2009, el número de estos funcionarios civiles y militares con la condición de agentes de la policía judicial aumentó de 25.000 a 53.000;

18. Considerando que estos acontecimientos han contribuido a trivializar el uso de la custodia policial, incluso para delitos menores; que reforzaron la importancia de la fase de investigación policial en la constitución de los elementos a partir de los cuales se juzga al implicado; que en 2009 se tomaron más de 790.000 medidas de custodia; que estos cambios en las circunstancias de hecho y de derecho justifican una revisión de la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas.

En el presente caso, este reexamen le llevó a pronunciar una censura respecto a los artículos 9 y 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuya vigencia fue aplazada por casi un año (ver *supra*, No. 45).

57. De ello se desprende que es probable que el Consejo Constitucional, así como la mayoría de los tribunales constitucionales,⁶⁰ revoquen la

⁶⁰ Tusseau, G., *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, Lextenso, No. 1389 et s., 2021, 1452 pp.

jurisprudencia (véanse, por ejemplo, las decisiones No. 82-143 DC y 60-8 DC; 80-126 DC y 73-51 DC; 85-187 DC y 78-96 DC).⁶¹

III. Efectos externos de las decisiones

58. La segunda dirección permite prestar atención a los efectos de las decisiones del Consejo Constitucional sobre otros actores legales. Si el artículo 62 C afirma que están, sin excepción, vinculados por ellos (ver *supra*, No. 17), la variedad de tipos de decisiones lleva naturalmente a considerar diferentes formas de imponerse. Una decisión de cumplimiento presenta pocas dificultades. Como parte del control a priori, autoriza la promulgación de la ley, la implementación de las reglas de la asamblea parlamentaria o la ratificación o aprobación de compromisos internacionales. Las autoridades suelen hacer esto, una de las pocas curiosidades que ofrece la Ley de Igualdad de Oportunidades. Si bien el primer contrato de contratación que instituyó fue objeto de una amplia disputa social, fue declarado constitucional en este punto mediante la resolución No. 2006-535 DC (cons. 2 *et seq.*). Deseoso de poner fin a los disturbios, el Presidente de la República no tuvo más remedio que promulgar la ley (ver *supra*, No. 18). Pero intervino en televisión el 31 de marzo de 2006 para indicar que haría todo lo posible para que este texto no fuera aplicado:

Durante varias semanas, el diálogo no ha tenido éxito y la situación ha permanecido bloqueada en torno a la cuestión de retirar o mantener este texto. Las manifestaciones sirvieron de pretexto para actos de violencia y degradación inaceptable. Las tensiones han crecido en las universidades entre los estudiantes que quieren hacer huelga y los que quieren trabajar. Un número significativo de escuelas secundarias están cerradas o bloqueadas. Es hora

⁶¹ Di Manno, T., "Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français", en *Cahiers du Conseil constitutionnel*, No. 20, 2006, «<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-revirements-de-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-francais#:~:text=Plus%20pr%C3%A9cis%C3%A9ment%2C%20le%20revirement%20de,il%20avait%20retenue%20jusque%2Dl%C3%A0>» (consulté le 1er juin 2021).

de resolver la situación siendo justos y razonables, con el interés nacional como requisito. Esta es la misión que me ha encomendado la Constitución.

El Parlamento, los representantes electos de la Nación, votó la ley de igualdad de oportunidades y el Consejo Constitucional acaba de juzgar esta ley en todos los aspectos de acuerdo con los principios y valores de la República. En una democracia, esto tiene sentido y debe respetarse. Por eso decidí promulgar esta ley pero también porque creo que el primer contrato de trabajo puede ser un instrumento eficaz para el empleo.

Pero también he escuchado las preocupaciones expresadas por muchos jóvenes y sus padres. Y quiero responderla. Por eso pido al Gobierno que prepare inmediatamente dos enmiendas a la ley sobre los puntos que han dado lugar a debate. [...] Finalmente, pido al Gobierno que tome todas las medidas necesarias para que, en la práctica, no se pueda firmar ningún contrato sin integrar plenamente todas estas modificaciones.⁶²

Como parte de la revisión *a posteriori*, una declaración de conformidad —y por tanto un rechazo de la cuestión prioritaria de constitucionalidad— lleva al juez *a quo* a reanudar el examen del caso y decidirlo con arreglo a la ley vigente.

59. Por el contrario, una declaración de incumplimiento impide acciones previas. Como parte del control *a priori*, el legislador se ve obligado, en caso de censura total, a redactar una nueva ley, teniendo en cuenta, en su caso, las reservas de interpretación formuladas por el Consejo Constitucional (ver arriba, No. 35 y s.). Por ejemplo, a raíz de la decisión No. 2012-240 QPC que censuró una definición demasiado imprecisa del

⁶² Déclaration de M. Jacques Chirac, Président de la République, sur la promulgation de la loi sur l'égalité des chances, avec notamment le contrat première embauche, à Paris le 31 mars 2006, «<https://www.vie-publique.fr/discours/161235-declaration-de-m-jacques-chirac-president-de-la-republique-sur-la-pro>» (consulté le 1er juin 2021).

delito de acoso sexual (ver *supra*, No. 48), y que desafía el principio de legalidad de los delitos y penas, el legislador adoptó rápidamente legislación sustitutiva a través de la Ley No. 2012-945 de 6 de agosto de 2012 sobre acoso sexual. El nuevo texto, a su vez, puede ser presentado al Consejo Constitucional, como parte de lo que se ha denominado escrutinio de "doble gatillo". Por ejemplo, luego de la censura de la ley de finanzas de 1980 por decisión No. 79-110 DC, se adoptó una nueva ley, cuyo Consejo tomó nota de la conformidad con la Constitución (decisión No. 79-111 DC). Asimismo, la censura total de la ley de nacionalización por decisión No. 82-132 DC condujo a la adopción de una nueva ley de nacionalización, que el Consejo Constitucional consideró conforme a la Constitución (decisión No. 82-132 DC). Tal resultado no es automático: la censura de un primer texto por decisión No. 2009-580 DC por violación del artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue seguida por una censura, por incompetencia negativa, de un nueva versión de este texto (decisión No. 2009-590 DC, cons. 14).

El control de disparo doble también puede resultar de una combinación de controles *a priori* y *a posteriori*, así como de una sucesión de controles *a posteriori*. En la decisión No. 2016-611 QPC, el Consejo dictó, con efecto inmediato, la censura de la disposición que tipifica como delito la consulta habitual de sitios terroristas. El legislador adoptó rápidamente un nuevo texto sobre el tema. Pero también chocó con el Consejo (decisión nNo. 2017-682 QPC). Asimismo, tras la declaratoria de inconstitucionalidad del régimen legal de aislamiento y contención en psiquiatría por la ausencia de limitación en la duración de estas medidas privativas de libertad y la ausencia de intervención sistemática por parte del juez judicial (sentencia No. 2020-844 QPC), el legislador modificó el régimen. Pero la nueva redacción del párrafo II del artículo L. 3222-5-1 del Código de Salud Pública tampoco convenció al Consejo Constitucional (decisión No. 2021-912 / 913/914 QPC).

60. Como se explica en los artículos 22 y 23 de la OLOOC, la censura parcial coloca al Presidente de la República frente a una alternativa. Puede

promulgar las disposiciones de la ley que se ajusten a la Constitución o solicitar al Parlamento una nueva lectura mediante la cual éste podrá subsanar la inconstitucionalidad señalada por el Consejo. En general, se adopta la primera solución, para finalizar con una nueva ley que reemplaza las disposiciones defectuosas. También es posible que el legislador abandone el proyecto que era suyo. Por ejemplo, ninguna nueva formulación legislativa ha llegado para responder a la censura de la Ley que complementa las disposiciones de los artículos 5 y 7 de la ley del 1 de julio de 1901 relativas al contrato de asociación por decisión No. 71-44. DC o la declaración de inconstitucionalidad de la mención "pueblo corso, componente del pueblo francés" mediante resolución No. 91-290 DC.

61. Como parte del control *a posteriori*, una derogación inmediata priva al juez *a quo* de la posibilidad de aplicar el texto censurado. En virtud del efecto *erga omnes* de las decisiones del Consejo Constitucional, los jueces *a quibus* benefician todas las controversias que conocen de la desaparición de una disposición legislativa censurada (Consejo de Estado, Ass., 13 de mayo de 2011, No. 316734; Cour de cassation, crim., 23 de noviembre de 2011, No. 11-85-053; Cour de cassation, crim., 16 de diciembre de 2015, No. 15-80.278). Por ejemplo, no se puede dictar condena sobre su base (decisión No. 2012-240 QPC; ver *supra*, No. 48). Cuando el Consejo Constitucional decide posponer el efecto de derogar una disposición inconstitucional, el Parlamento generalmente aprueba la nueva legislación bastante bien dentro del tiempo asignado.⁶³ Pero pueden surgir excepciones. Por ejemplo, en la decisión No. 2021-910 QPC, el Consejo observa (§ 9) que

mediante resolución de 5 de abril de 2019, el Consejo Constitucional declaró contraria a la Constitución el primer párrafo del artículo 800-2 del Código Procesal Penal y pospuso su deroga-

⁶³ Drago, G., "L'influence de la QPC sur le Parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel", *Juspoliticum*, No. 6, 2011, «

ción al 31 de marzo de 2020. El legislador no adoptó en tiempo útil para nuevas disposiciones para remediar esta inconstitucionalidad, el procesado no ha podido, desde esa fecha, obtener del juzgado policial, en caso de ser liberado, una indemnización por las costas no pagadas por el Estado y exhibidas por éste en su defensa.

Más allá de los juegos que parecen bondadosos, aunque a veces exagerados, en el ámbito político, por los que ciertos miembros de la mayoría que ven su ley censurada por el Consejo Constitucional le reprochan que se abandone a jugar a la política más que a la derecha, desafiando la ley, voluntad de los representantes de la Nación, los conflictos son lo suficientemente raros⁶⁴ en Francia, la reflexión sobre la justicia de la ejecución constitucional es aún embrionaria.⁶⁵ El caso más destacable se refiere a la sentencia No. 2008-562 DC relativa a la prisión preventiva, mecanismo que hubiera permitido mantener la privación de libertad de los autores de determinados delitos de especial gravedad, más allá de la duración de su condena. Descontento con la censura de este texto, el Presidente de la República encomendó al Primer Presidente del Tribunal de Casación la tarea de identificar los medios para implementar la legislación censurada a pesar de todo. El Primer Presidente tuvo cuidado de no cuestionar la autoridad de *res judicata* por parte del Consejo.⁶⁶

⁶⁴ Pour un florilège de contestations ponctuelles, de la part d'acteurs politiques, de décisions du Conseil constitutionnel, v. p. ex. Rousseau, D., Gahdoun, P.-Y. y Bonnet J., *Droit du contentieux constitutionnel*, préf. Vedel G., 12a ed., Paris la Défense, LGDJ, 2020, pp. 459-460, en 1039 pp. Du point de vue comparatiste, v. p. ex. Tusseau, G., "Le gouvernement (contraint) des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison", en *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, No. 55, 2012, pp. 41-83.

⁶⁵ Tusseau, G., "Chronique de jurisprudence droit administratif et droit constitutionnel. Jurisprudence étrangère: A propos de la juridiction de l'exécution constitutionnelle" (Cour constitutionnelle de l'Equateur, 1er octobre 2014, sent. No. 146-14-SEP-CC et 27 avril 2016, sent. No. 021-16-SIS-CC) en *Droit constitutionnel et externalisation de l'accueil des migrants (Haute Cour d'Australie, 3 février 2016, Plaintiff M68-2015 v. Minister for Immigration and Border Protection [2016] HCA 1)*, *Revue française de droit administratif*, 2017, pp. 188-198 ; Barque, G. y Nicot, S. (dirs.), *Vers l'instauration d'une procédure d'exécution des décisions du Conseil constitutionnel ?*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, coll. Colloques & Essais, 2020, p.184.

⁶⁶ Lamanda V., *Amoindrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux. Rapport à M. le Président de la République*, 30 mai 2008, <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/084000332.pdf> (consulté le 1er juin 2021).

62. Finalmente, los actores políticos pueden superar una decisión del Consejo Constitucional con la que no están satisfechos. La técnica a la que Doyen Vedel⁶⁷ dio el nombre de "lecho constitucional de justicia", por analogía con el procedimiento por el cual, bajo el Antiguo Régimen y en el que el rey registró sus leyes y ordenanzas, a pesar de las protestas que los Parlamentos habían formulado contra ellos, consiste en una autoridad cuya norma es censurada por inconstitucionalidad para modificar la ley constitucional formal para que ya no obstaculice la adopción de la norma en cuestión. Una variante de la "teoría del conmutador", defendida en particular por Hans Kelsen,⁶⁸ permite afirmar que sin entorpecer el contenido normativo, es decir, la voluntad política de los legisladores, el juez se limita a señalar en qué dirección ordinario legislación o legislación constitucional: estos deben tomar prestados. Por tanto, parece natural que una autoridad política adscrita a un determinado contenido normativo, tras una declaración de inconstitucionalidad que impugne la forma en que fue adoptada, emprenda el camino de una revisión de la Constitución. Este poder de última palabra conoce muchos ejemplos.⁶⁹

En Francia, el primer caso surgió tras la decisión del Consejo Constitucional No. 93-325 DC. Al no poder aprobar su reforma de asilo mediante legislación, el gobierno resolvió enmendar la Constitución. La ley constitucional No. 93-1256 de 25 de noviembre de 1993 relativa a los acuerdos internacionales sobre el derecho de asilo insertó así un artículo 53-1 en la Constitución, según el cual

La República podrá concertar con los Estados europeos que están unidos por compromisos idénticos a los suyos en materia

⁶⁷ Vedel G., "Schengen et Maastricht (À propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991)", *Revue française de droit administratif*, 1992, pp. 173-184.

⁶⁸ Kelsen, H., "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", en *Revue du droit public*, 1928, pp. 197-257. V. également Eisenmann. C., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, av.-prop. Vedel. G., préf. Kelsen. H., Annexe Favoreu. L., Paris, Economica/Aix-en-Provence, PUAM, coll. Droit public positif, [1928] 1986, p. 17, en xvii+xiv+383 pp.

⁶⁹ Tusseau, G., *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, Lextenso, No. 1513 et s., 2021, 1452 pp.

de asilo y de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, acuerdos que determinen sus respectivas competencias para el examen de las solicitudes de asilo que le sean presentación.

No obstante, aunque la solicitud no entre en el ámbito de su competencia en virtud de estos acuerdos, las autoridades de la República serán siempre facultadas para dar asilo a todo extranjero perseguido por su acción en favor de la libertad donde solicita la protección de Francia por cualquier otro motivo.

63. Este proceso, que preserva la soberanía del Poder Constituyente, es plenamente aceptado por el Consejo Constitucional. Se niega a controlar las leyes constitucionales (decisión No. 2003-469 DC). Por tanto, se somete al Tribunal Constitucional, como ilustra la sentencia No. 2000-429 DC. Esto se relaciona con la ley que tiende a promover la igualdad de acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y funciones electivas. Sin embargo, de acuerdo con la decisión No. 82-146 DC (cons. 7 y 8), tal dispositivo de discriminación positiva contraviene la Constitución:

La calidad de ciudadano abre el derecho al voto y a ser elegido en idénticas condiciones a todos aquellos que no sean excluidos por razón de edad, incapacidad o nacionalidad, o por un motivo tendiente a preservar la libertad del elector o la independencia del elegido; [...] Estos principios de valor constitucional se oponen a cualquier división por categorías de votantes o candidatos elegibles; que este es el caso de todo sufragio político, en particular de la elección de concejales municipales;

[...] La norma que, para el establecimiento de las listas que se someten a los electores, comprende una distinción entre candidatos en función de su sexo, es contraria a los principios constitucionales antes recordados.

Pero mientras tanto, se ha revisado la Constitución. La ley constitucional No. 99-569 del 8 de julio de 1999 constitucional relativa a la igualdad

entre mujeres y hombres establecida en el artículo 3 C (en adelante artículo 1 al. 2 C) dice que «La ley promueve la igualdad de acceso de mujeres y hombres a mandatos electorales y funciones electivas." Según el Consejo Constitucional (cons. 6),

Nada se opone, con sujeción a lo prescrito por los artículos 7, 16 y 89 de la Constitución, a que el poder constituyente introduzca en el texto de la Constitución nuevas disposiciones que, en los casos a que se refieren, deroguen normas o principios de derecho con valor constitucional; que este es el caso de las referidas disposiciones que tienen por objeto y efecto remover los obstáculos de carácter constitucional señalados por el Consejo Constitucional en las referidas decisiones; que, en consecuencia, las demandantes no podían acogerse de manera provechosa a la autoridad de cosa juzgada adjunta a dichas decisiones.

De modo que la nueva ley, adoptada bajo la reescritura del parámetro de control de constitucionalidad, no se expone a los agravios que llevaron a la censura de su antecesora.⁷⁰

64. Recientemente, se han alzado algunas voces para facilitar el cuestionamiento de los efectos de una decisión judicial del legislador, siguiendo el modelo de la cláusula no obstante del artículo 33 de la Canadian Constitution Act de 1982.⁷¹ El 5 de julio de 2018, como parte de la

⁷⁰ V. de même Conseil constitutionnel, décision No. 2003-478 DC, admettant, à la suite de la loi constitutionnelle No. 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, la constitutionnalité d'un dispositif auparavant censuré dans la décision No. 2001-454 DC.

⁷¹ V. Schoettl, J.-E., "Fraternité et souveraineté", en *Revue française de droit administratif*, 2018, pp. 959-965, en 965 pp.: "Une disposition législative déclarée contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel, ou ayant fait l'objet de réserves d'interprétation par ce dernier, ou jugée contraire à un traité par une juridiction française ou européenne statuant en dernier recours, est maintenue en vigueur si, dans les six mois suivant cette décision ou ce jugement, elle est confirmée par une loi adoptée dans les mêmes termes par la majorité des députés et la majorité des sénateurs". Sur ce débat, v. Derosier, J.-P., Mathieu, B., Schoettl, J.-E., Schmaltz, B. y Vadillo F., "Contrôle de constitutionnalité: débat autour d'une clause de dernier mot au profit du Parlement", en *L'hétairie*, Livret No. 9, Série "La réforme des Institutions", 29 janvier 2019, accessible à l'adresse «https://docs.wixstatic.com/ugd/1ed47d_d050988e074241e68c013dab1cd28273.pdf» (consulté le 30 janvier 2019).

discusión del proyecto de ley para una democracia más representativa, responsable y eficiente, los diputados Eric Ciotti y Guillaume Larrivé presentaron la enmienda No. 1510 en la que propusieron, con el fin de establecer un diálogo entre las jurisdicciones y los constituyentes [legislador], para completar el Título IV de la Constitución por un artículo 33 1 de la siguiente manera:

«Artículo 33 1.- Una disposición legislativa declarada contraria a la Constitución por el Consejo Constitucional o considerada contraria a un tratado por sentencia de un tribunal francés o europeo como último recurso se mantiene en vigor si, dentro de los seis meses siguientes a esta decisión o sentencia, es confirmado por ley aprobada en los mismos términos por tres quintos de los diputados y tres quintos de los senadores.

La ley de confirmación especifica bajo qué modalidades la disposición en cuestión permanece vigente o retoma su vigencia. No podrá ser objeto de ninguno de los recursos previstos en los artículos 61 y 61 1.

65. Esta iniciativa no prosperó. En general, los estudios más sistemáticos sobre la ejecución de las decisiones del juez constitucional, tanto en el contexto del control *a priori*⁷² como en el de control *a posteriori*,⁷³ concluyen en un grado satisfactorio de cooperación interinstitucional. Recientemente, el Consejo Constitucional dictó el 2 de octubre de 2020 la derogación a partir del 1 de marzo de 2021, del segundo párrafo del artículo 144-1 del Código Procesal Penal, motivo alegado porque no permite dar por finalizado un juicio previo indigno de detención (decisión

⁷² Drago, G., *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*, préf. Gaudemet, Y., Paris, Economica/Aix-en-Provence/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1991, p. 403.

⁷³ Benzina, S., *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, av.-prop. Fabius, L., préf. Drago, G., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, vol. 148, 2017, xix+746 pp.; Drago, G., *Contentieux constitutionnel français*, 5a. ed., Paris, PUF, 2020, pp. 753-830, en xxvii+846 pp.

No. 2020-858 / 859 QPC). Como seguimiento a esta decisión, el legislador adoptó la ley No. 2021-403 del 8 de abril de 2021 tendiente a garantizar el derecho al respeto a la dignidad en la detención, lo que abre nuevas vías de recurso en beneficio de los detenidos.

66. De acuerdo con un hallazgo que se está generalizando en el estado constitucional contemporáneo, Francia no es inmune a una forma de judicialización de la política.⁷⁴ Mientras que cuestiones políticas, económicas, sociales o éticas cada vez más delicadas se plantean ante el Consejo Constitucional tanto como ante las autoridades representativas tradicionales, estas últimas se preocupan cada vez más por la regularidad jurídica de su actuación. Por tanto, intentan anticiparse al riesgo de inconstitucionalidad. Esto se tiene en cuenta en particular en la preparación de proyectos de ley por parte del gobierno. Una circular del Primer Ministro Michel Rocard del 27 de mayo de 1988 establece numerosas recomendaciones para

Hacer todo lo posible para detectar y eliminar los riesgos de inconstitucionalidad que puedan manchar los proyectos de ley, enmiendas y proyectos de ley en agenda.

Por tanto, el jefe de gobierno pregunta a los ministros:

-que [sus] servicios estudien atentamente las cuestiones de constitucionalidad que puedan surgir de un texto en preparación y

⁷⁴ V. p. ex. Below, M., *Courts, Politics and Constitutional Law. Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, Abingdon, Oxon, New York, Routledge, 2020, x+254 pp.; Dressel, B. (ed.), *The Judicialization of Politics in Asia*, London, New York, Routledge, 2012, xiv+240 pp.; Vigo, R.L., *Constitucionalización y judicialización del derecho. Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, México, Porrúa, 2013, xi+300 pp.; Sieder, R., Schjolden, L. y Angell, A. (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, New York, Palgrave MacMillan, 2005, xiii+305 pp.; Couso, J., Huneeus, A. y Sieder, R. (eds.), *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge, New York, Cambridge UP, 2010, xii+287 pp.; Magalhães, P.C., *The Limits of Judicialization. Legislative Politics and Constitutional Review in Iberian Democracies*, PhD., University of Ohio, 2003, xvii+398 pp., «https://www.researchgate.net/publication/252067672_The_Limits_to_Judicialization_Legislative_Politics_and_Constitutional_Review_in_the_Iberian_Democracies» (consulté le 1er juin 2021).

remitan el asunto a la Secretaría General del Gobierno con la suficiente antelación para que esta pueda realizar también este estudio;

- establecer un calendario para los trabajos preparatorios que dé tiempo al Consejo de Estado para llevar a cabo un examen en profundidad del proyecto. [...] No debe dudar en exponer al Consejo de Estado las cuestiones de constitucionalidad que encontró durante el desarrollo del proyecto que se le somete;

- mantener informada a la secretaría general del Gobierno de las modificaciones que puedan plantear cuestiones de constitucionalidad, a fin de organizar, en caso necesario, reuniones interministeriales para su finalización a fin de evitar cualquier riesgo.

La circular del Primer Ministro Manuel Valls, de 12 de septiembre de 2014 relativa al método de trabajo del gobierno afirma en el mismo sentido que

El riesgo de inconstitucionalidad debe anticiparse y evaluarse. En el caso de un proyecto de ley debe tenerse en cuenta durante todo el trámite parlamentario. Remitirá el asunto al Secretario General del Gobierno en cuanto exista una duda sobre la constitucionalidad de una disposición. Lo hará con suficiente antelación durante la preparación de las facturas para que se pueda encontrar una solución que evite el riesgo.

Ese "reflejo constitucional" asegura que se tenga en cuenta la jurisprudencia del Consejo Constitucional. Asociado a la referencia cada vez más frecuente a los argumentos de constitucionalidad en el contexto del debate parlamentario, contribuye, como lo había identificado Louis Favoreu, a lograr que la política «se apodere de la ley».⁷⁵ Por el momento,

⁷⁵ Favoreu, L., *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitations et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988, p. 153.; Stone, A., *The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective*, New York, Oxford, Oxford UP, 1992, vi+312 pp.; Benetti, J., "Les inci-

sin embargo, tal enfoque no parece conducir en Francia a una inhibición tan fuerte como la mostrada, por ejemplo, por el Bundestag, atrayendo incluso los reproches de una ex presidenta del Tribunal Constitucional Federal por su aversión a riesgo constitucional.⁷⁶ Un análisis caritativo podría ver en esto un feliz equilibrio donde cada institución muestra preocupación por las acciones de las demás en su propio esfuerzo por implementar los valores constitucionales supremos, en el marco de un proceso compartido.⁷⁷

67. En cuanto a los tribunales ordinarios, se puede observar en general que siguen lo que les obligan las decisiones del Consejo Constitucional (ver *supra*, No. 17 y ss.). Admiten en particular la autoridad de sus reservas de interpretación, dotadas de la autoridad de cosa juzgada (Consejo de Estado, 15 de mayo de 2013, No. 340554). Mediante resolución de 6 de julio de 2005 (No. 04-50055), la primera sala civil del Tribunal de Casación, escribe, bajo sus visas:

Considerando el artículo 62 de la Constitución y el artículo 35 bis V de la ordenanza de 2 de noviembre de 1945 en su redacción resultante de la ley No. 2003-1119 de 26 de noviembre de 2003, ahora artículo L. 551-3 del Código sobre la entrada y estancia de extranjeros y derecho de asilo, según lo interpretado por decisión del Consejo Constitucional No. 2003-484 DC de 20 de noviembre de 2003.

dences de la question prioritaire de constitutionnalité sur le travail législatif. D'une logique de prévention à une logique de correction des inconstitutionnalités", en *Constitutions*, 2011, pp. 42-45; Chamussy, D., "Le Parlement et la QPC", en *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, No. 47, 2015, «<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-parlement-et-la-qpc>» (consulté le 1er juin 2021).

⁷⁶ Limbach, J. "The Effects of the Jurisdiction of the German Federal Constitutional Court", EUI Working «https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/150/law99_5.pdf?sequence=1», pp. 1-45, p. 21 (consulté le 5 janvier 2021).

⁷⁷ Sur cette perspective, v. p. ex. Tusseau, G., "Parlement et droits fondamentaux", in Rozenberg O., Thiers E. (dirs.), *Traité d'études parlementaires*, Bruxelles, Larcier, coll. Etudes parlementaires, 2018, 219-272 pp., en 752 pp.; Tusseau, G., "Parliaments and Fundamental Rights", en Benoit, C. y Rozenberg, O. (eds.), *Handbook of Parliamentary Studies. Interdisciplinary Approaches to Legislatures*, Cheltenham, Northampton, Elgar, 2020, pp. 181-198, en ix+494 pp.

Se basa en ella para censurar una decisión del primer presidente del tribunal de apelación en la detención administrativa de extranjeros. Asimismo, el Tribunal Supremo de Justicia anula las decisiones de los jueces sustantivos con base en una disposición que el Consejo Constitucional ha pronunciado derogatoria (Cour de cassation, crim. 25 de junio de 2013, No. 13-82765; Cour de cassation, crim. 27 de octubre de 2015, No. 14-82032). En el mismo sentido, el juez administrativo aplaza la sentencia cuando el Consejo Constitucional la impone en espera de un nuevo texto aplicable (Consejo de Estado, 6 de diciembre de 2012, núm. 343215) o cita la interpretación impuesta por reserva (Consejo de Estado, 2 de marzo de 2012 y 2011, No. 323830).

68. Los desacuerdos explícitos parecen excepcionales. Esto se aplica, por ejemplo, a la identificación de la autoridad competente para emitir contravenciones punibles con penas de prisión. Si bien el Consejo Constitucional considera que esta competencia pertenece al legislador (decisión No. 73-80 L), el Consejo de Estado considera que estos delitos son de dominio normativo (Consejo de Estado, Sec., 3 de febrero de 1978, No. 01155 y 01180). Asimismo, el silencio guardado por la administración equivale según el Consejo Constitucional a una decisión de rechazo (decisión No. 69-55 L), mientras que el Consejo de Estado lo ve como una decisión de aceptación (Consejo de Estado, 27 de febrero de 2007 y 1970, número 76380). La Cour de cassation se ha preocupado en ocasiones de marcar su autonomía en la interpretación de la Constitución (Cour de cassation, Ass. Pl., 10 de octubre de 2001, No. 01-84.922), hasta el punto de que las relaciones entre la jurisdicción judicial y el Consejo Constitucional parecían particularmente tensos durante el establecimiento de la cuestión prioritaria de constitucionalidad. De hecho, el juez judicial cuestionó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la conformidad con el Derecho de la Unión del carácter «prioritario» del examen de los medios de constitucionalidad frente a los medios basados en la incompatibilidad. Del Derecho con el Derecho suprana-

cional,⁷⁸ allanando el camino para el fracaso de la reforma, el Tribunal de Justicia conservó el mecanismo y resolvió que:

El artículo 267 TFUE se opone a una legislación de un Estado miembro que establezca un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de las leyes nacionales, siempre que el carácter prioritario de este procedimiento tenga como consecuencia impedir, tanto antes de la transmisión de una cuestión de constitucionalidad al órgano jurisdiccional nacional competente para el ejercicio del control constitucional de las leyes que, en su caso, con posterioridad a la decisión de dicho órgano jurisdiccional sobre la citada cuestión, todos los demás órganos jurisdiccionales nacionales ejerciten su opción o satisfagan su obligación de plantear cuestiones preliminares al Tribunal. Por otra parte, el artículo 267 del TFUE no se opone a dicha legislación nacional siempre que los demás tribunales nacionales sigan siendo libres:

- remitir, en cualquier momento del procedimiento que estimen oportuno, e incluso al final del procedimiento de revisión de constitucionalidad incidental, a la Corte de cualquier cuestión preliminar que estimen necesaria,
- adoptar cualquier medida necesaria para garantizar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, y
- dejar sin aplicar, al final de dicho procedimiento accesorio, la disposición legislativa nacional de que se trate si la consideran contraria al Derecho de la Unión.

En ocasiones, el Tribunal de Casación se apoya en el control de la convencionalidad para competir con el Consejo Constitucional en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales. La tensión era palpable,

⁷⁸ CJUE, 22 juin 2010, *Aziz Melki* (C-188/10) et *Sélim Abdeli* (C-189/10).

por ejemplo, en el tema de la custodia policial. Mediante resolución No. 2010-14 / 22 de 30 de junio de 2010, el Consejo retomó una declaración previa de constitucionalidad al encontrar que ante un cambio de circunstancias, el régimen vigente ya no se ajustaba a las normas fundamentales estándar (ver *supra*, No. 45). Suspendió los efectos de su declaración de inconstitucionalidad hasta el 1 de julio de 2011. Sin embargo, en un caso posterior, la Corte Europea de Derechos Humanos condenó a Francia por considerar que el proceso penal violaba la Convención. Juez de *common law* en la aplicación del derecho supranacional, el Tribunal de Casación se zambulló en la infracción y también afirmó la no convencionalidad de la custodia policial en tres decisiones de 19 de octubre de 2010 (Tribunal de Casación, crim. 19 de octubre de 2010, No. 10-82.902, 10-82.306 y 10-85.051). Parecía ser más exigente que el Consejo Constitucional en términos de protección de las libertades. Juzgando que

Salvo excepciones justificadas por razones imperiosas relativas a las circunstancias particulares del caso, y no únicamente a la naturaleza del delito o delito imputado, toda persona sospechosa de haber cometido un delito debe ser informada, desde el inicio de la detención policial, de su derecho a guardar silencio y beneficiarse, salvo renuncia inequívoca, de la asistencia de un abogado,

y obligó al Guardián de los Sellos a revisar sus planes. Tan pronto como se anunció la decisión del Consejo Constitucional, éste se comprometió a preparar una reforma del Código de Procedimiento Penal. Pero Michèle Alliot-Marie pretendía, en el proyecto de ley presentado al Consejo de Ministros el 13 de octubre de 2010, mantener la posibilidad de establecer un régimen respectivo para determinados delitos (estupefacientes, terrorismo, etc.). El Tribunal de Casación lo excluye expresamente, al exigir, más allá de la calificación del delito, que se tengan en cuenta las circunstancias del caso.⁷⁹

⁷⁹ V. Tusseau G., "La question prioritaire de constitutionnalité un an après: l'entrée du constitutionnalisme français dans l'âge adulte ?", en *Revue française de comptabilité*, No. 441, mars 2011, pp. 53-57.

G. Sentencias constitucionales e interacciones institucionales

69. En un texto fundacional de la disciplina del derecho procesal constitucional,⁸⁰ Hans Kelsen sitúa, de acuerdo con la teoría de la formación del derecho por grados, la actividad de los jueces dentro de todo el fenómeno, hecho de aplicación y creación, de producción del orden jurídico.⁸¹ Parece ser de la misma naturaleza que la de los legisladores. Según el autor de la Teoría Pura del Derecho,

órgano encargado de la anulación de las leyes inconstitucionales, aun cuando reciba —por la independencia de sus miembros— la organización de un tribunal, sin embargo, no ejerce realmente una función judicial. [...] Anular una ley es fijar un estándar general: porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su elaboración, siendo, por así decirlo, sólo la elaboración con signo negativo, por lo tanto, incluso una legislación función. Y un tribunal que tiene el poder de anular leyes es, por tanto, un órgano del poder legislativo.⁸²

Esta tesis del "legislador negativo" conlleva una poderosa intuición, la del carácter creativo de las decisiones de los jueces constitucionales, que implica la vigencia de la aplicación de las herramientas actuales de análisis jurídico a sus actuaciones.

Sin embargo, sufre de un doble límite. Encuentra su primer límite en el carácter puramente negativo atribuido a estas producciones normativas,

⁸⁰ Ferrer Mac-Gregor, E., *Derecho procesal constitucional. Origen científico: 1928-1956*, pról. González Pérez J., Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 148.

⁸¹ V. spéc. Merkl, A.J., "Das doppelte Rechtsantlitz", en Klecatsky, H., Marcic, R. y Schambeck, H. (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2 Bd., Wien, Salzburg, Europa Verlag, Universitätsverlag Anton Pustet, 1968, xxi+2409 pp., Bd. 1, pp. 1091-1113; Merkl, A.J., "Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues", *ibid.*, Bd. 2, pp. 1311-1361.

⁸² Kelsen, H., "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", en *Revue du droit public*, 1928, pp. 197-257, pp. 224-225. V. également Kelsen, H., *Qui doit être le gardien de la constitution ?* trad. fr. et intro. Baume S., Paris, Michel Houdiard éditeur, coll. Les sens du droit, 2006, p. 87, en 138 pp.

es decir, el hecho de que sólo producirían normas derogadas.⁸³ Sin embargo, los jueces constitucionales, por el contrario, producen normas que caen dentro de toda la tipología de normas identificadas por Kelsen al final de su vida: normas prescriptivas, normas permisivas, normas habilitadoras⁸⁴ y normas derogativas.⁸⁵ La segunda limitación se deriva del carácter puramente legislativo, según Kelsen, de las normas elaboradas por los jueces como parte de su actividad de comprobación de la validez de la ley. Sin embargo, heredando del giro lingüístico y ampliando el análisis kelseniano, el realismo jurídico francés contemporáneo⁸⁶ se basa en la idea de que los enunciados jurídicos presentan una indeterminación necesaria, que deja margen de maniobra a quienes los interpretan.⁸⁷ En la medida en que las normas jurídicas pueden definirse como el significado de ciertos enunciados o ciertos hechos, interpretarlos, es decir, determinar el significado normativo que tienen, no es otra cosa que definir la norma que 'plantan'. Pero esta determinación no es un acto de conocimiento, sino un acto de voluntad. Por tanto, se trata del ejercicio del poder.

70. Se sigue, si reconstruimos el razonamiento jurídico en forma de silogismo en el que una norma general sirve como mayor, un conjunto de hechos como menor y una norma individual como conclusión,⁸⁸ que el mayor no se da por adelantado. El juez sólo se enfrenta a multitud de afirmaciones y hechos, cuyo significado normativo determina a través

⁸³ Kelsen, H., « *Derogation* », in Newman, R.A. (eds.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, New York, The Bobb Merrill & Co., 1962, pp. 339-355, en xxiii+670 pp.; Kelsen, H., *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manz, 1979, xii+362 pp.

⁸⁴ Tusseau, G., *Les normes d'habilitation*, préf. Troper M., Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 60, 2006, xviii+813 pp.

⁸⁵ Kelsen, H., *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manz, 1979, xii+362 pp.

⁸⁶ V. p. ex. Le Pillouer, A., "Le réalisme de Nanterre", 2017, accessible à l'adresse «<https://www.dailymotion.com/video/x5h8s11>» (consulté le 1er juin 2021).

⁸⁷ Troper, M., "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique", in Troper, M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 358, 85-94 pp.

⁸⁸ V. p. ex. McCormick N., *Raisonnement juridique et théorie du droit*, trad. fr. Gagey J., Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1996, xxii+322 pp.; Wróblewski J., *The Judicial Application of Law*, Bankowski, Z. y McCormick, N. (eds.), Dordrecht, Boston, London, Kluwer Academic Publishers, coll. Law and Philosophy Library, vol. 15, 1992, x+357 pp.

de una decisión. Esta interpretación le lleva a producir una norma general, y no el único hecho presente en el menor, ni la única norma individual que concluye el silogismo. Según la premisa del razonamiento del que proceda, la norma general así producida por el juez puede adquirir distintos valores jurídicos: constitucional, legislativo, sublegislativo, etc. En la hipótesis de un silogismo jurídico que confronta una ley (menor) con la Constitución (mayor), él es también el autor, por su interpretación, de una u otra, así como de la conclusión que extrae de ella.

Es más, es posible reconstruir el razonamiento del juez en forma de dos silogismos:

La primera tiene como premisa mayor una norma constitucional, como menor la ley en disputa y como conclusión la decisión de anular o convalidar esta ley. Con esta conclusión, el juez actúa indiscutiblemente como legislador. Pero el estándar constitucional que sirve como mayor también fue determinado por el juez siguiendo una interpretación de una disposición constitucional. Esto es en sí mismo, implícita o explícitamente, el producto de un silogismo, el mayor de los cuales es un método de interpretación o un principio supraconstitucional. En este caso, el tribunal elige libremente el mayor. [...] De manera más general, se puede afirmar que cualquier tribunal competente para anular una norma fija una norma del mismo nivel que la que anula o valida, pero que a la vez, se pone a interpretar, por lo tanto a rehaga el siguiente estándar de nivel superior y que debe basarse en un tercer estándar más alto que el anterior. [...] En otras palabras, el juez de constitucionalidad de las leyes es legislador y constituyente.⁸⁹

Es incluso, debemos agregar, superconstituyente debido a los principios de interpretación de la Constitución que necesariamente se ve obligado a elaborar.

⁸⁹ Troper, M., "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle", en Troper, M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, pp. 291-315, p. 310, en 358 pp.

71. El análisis disciplinario del derecho procesal constitucional de la amplia tipología de las formas de expresión de este poder de que dispone el Consejo Constitucional atestigua los refinamientos de este poder. La divisibilidad o vinculación (ver *supra*, No. 27 y ss.), que no son naturales ni necesarias sino que resultan de una apreciación, permiten precisar el alcance de la decisión del juez. La modulación de los efectos en el tiempo es significativa en la manera en que legisladores realmente positivos y jueces determinan solos las normas aplicables *hic et nunc* en el orden jurídico en cuestión, a veces por periodos considerables, en el pasado, presente y futuro. Ni sistemáticamente retroactiva, ni sistemáticamente prospectiva, la jurisprudencia constitucional se vuelve en este sentido un instrumento muy maleable.

72. De este análisis, sería tentador extraer una consecuencia radical: los jueces constitucionales dominan los significados normativos más elevados que pueden recibir los enunciados legales. Por tanto, se encuentran en una posición de poder excepcional, al punto que, en el campo del derecho constitucional, es posible especificar, como el presidente del Tribunal Supremo Charles Evans Hughes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que "vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es."⁹⁰ Pero tal razonamiento adolecería de cierta miopía. En efecto, el análisis del alcance efectivo de las decisiones del Consejo Constitucional supone un interés en la forma en que se entienden, aceptan, implementan, eluden, etc. por otros actores legales.

73. Con raras excepciones y más allá de la autoridad que pueden reclamar en virtud del artículo 62 C, las decisiones del Consejo Constitucional no son suficientes por sí solas para garantizar su plena aplicación. Como señalan Denys de Béchillon y Nicolas Molfessis, por ejemplo, "El juez ordinario tiene control práctico sobre la autoridad de las decisiones del

⁹⁰ Hughes, C.E., "Speech Before the Elmira Chamber of Commerce, May 3, 1907", en *Addresses and Papers of Charles Evans Hugues Governor of New York (1906-1908)*, Intro. Schurman J.G., New York, London, G.P. Putnam's Sons, The Knickerbocker Press, 1908, p. 139, xxxviii+289 pp.

Consejo Constitucional.⁹¹ Éstos deben ser efectivamente objeto de una forma de recepción por parte de las demás autoridades: Presidente de la República, Primer Ministro, gobierno, Asamblea Nacional, Senado, juez judicial, juez administrativo, autoridades administrativas independientes, autoridades, oficinas administrativas locales etc. También las declaraciones de inconstitucionalidad sin censura (ver *supra*, No. 33 y ss.), Reservas de interpretación (ver *supra*, No. 35 y ss.) Y modulaciones de los efectos temporales de las decisiones (ver *supra*, No. 43 y ss. .) ¿Son ante todo mensajes o señales dirigidos a otras autoridades? Estos, naturalmente, conservan un cierto margen de maniobra en su ejecución mediante la adopción de actos que corresponden a sus respectivas competencias. Como destaca Alexandre Viala con respecto a las reservas de interpretación,⁹² los diferentes tipos de decisiones emitidas por el Consejo Constitucional dependen en gran medida del contexto en el que interviene.

Son el resultado, por ejemplo, de una mezcla de los tipos de actitudes, más o menos cooperativas o más o menos hostiles, que un tribunal constitucional puede esperar del parlamento o de los jueces ordinarios. Desde este punto de vista, por ejemplo, la reserva de interpretación puede salvar

⁹¹ De Béchillon, D., Molfessis, N., "Sur les rapports entre le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, No. 16, 2004, «<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/sur-les-rapports-entre-le-conseil-constitutionnel-et-les-diverses-branches-du-droit>» (consulté le 1er juin 2021). V. également Ferrari, V., "L'exécution par le juge administratif des décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel", en *Revue du droit public*, 2015, pp. 1495-1532; Blusseau, A., "L'application par le juge administratif des décisions d'inconstitutionnalité rendues sur QPC", en *Revue française de droit constitutionnel*, No. 111, 2017, pp. 559-582.

⁹² Viala, A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. Rousseau, D., Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 92, 1999, xii+318 pp. ; Di Manno, T., *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, préf. Favoreu, L., Paris, Economica, 1999, p. 617; Moderne, F., "La déclaration de conformité sous réserve", en *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Paris, Economica, 1988, pp. 93-118, en 119 pp.; Drago, G., *Contentieux constitutionnel français*, 5a ed., Paris, PUF, 2020, pp. 736-747, en xxvii+846 pp.

V. spéc. de ce point de vue Paour, R., *Le pouvoir des cours constitutionnelles: analyse stratégique des cas espagnol, français et italien*, Th. Droit public, Université Paris Nanterre, 2018, 671 pp.; Haulbert, M., *L'interprétation normative par les juges de la QPC*, préf. Viala, A. y Rousseau, D., Paris, Dalloz, 2020, xix+1134 pp.

al legislador, al que evita la brutalidad de una censura. Al mismo tiempo, sin embargo, prescinde de la interpretación de su propia producción normativa en beneficio de las autoridades judiciales. Ésta resulta ser una técnica fructífera para el juez constitucional si puede contar con la ejecución de su decisión por parte de los jueces ordinarios, responsables principalmente de la aplicación de la ley.⁹³ Por el contrario, puede ofender a este último, que puede preferir una estricta división del trabajo entre la interpretación constitucional y la interpretación legislativa.

74. Fundamentalmente, la autoridad misma que se le atribuye al Consejo Constitucional puede resultar un arma de doble filo. Si su afirmación aparentemente refuerza el alcance de sus decisiones, también puede justificar *a quo* a los jueces no remitir determinadas cuestiones y, por tanto, ejercer por sí mismos el control de constitucionalidad, razón tomada de lo que ya se ha pronunciado el Consejo sobre un texto equivalente (ver *supra*, No. 31 y siguientes). Por tanto, la autoridad del Consejo no se establece de forma unilateral, ni se da de una vez por todas. Depende de las relaciones con otros actores, de su cooperación, de su competencia, incluso de su hostilidad, es decir de factores que sólo un análisis de tipo estratégico puede dar cuenta, como se practica en la ciencia, la economía o, por extensión, la ciencia política. Las decisiones del Consejo Constitucional son tanto el producto de las limitaciones que le impone su entorno institucional como de las formas en que trata de modelar este entorno.

El hecho de que varios actores tengan, simultánea y concomitantemente, la facultad de interpretar un acervo finito de enunciados, impone desviar la atención de los jueces, que un desafortunado efecto óptico podría hacer aparecer como los únicos titulares del poder de la ley de

⁹³ V. spéc. de ce point de vue Paour R., *Le pouvoir des cours constitutionnelles: analyse stratégique des cas espagnol, français et italien*, Th. Droit public, Université Paris Nanterre, 2018, 671 pp.; Haulbert M., *L'interprétation normative par les juges de la QPC*, préf. Viala A., Rousseau D., Paris, Dalloz, 2020, xix+1134 pp.

juicio, y se interesan por su entorno de manera más amplia. Deben tener en cuenta la interpretación de las mismas declaraciones dadas por otros órganos legales. Por tanto, la garantía de la Constitución ya no es responsabilidad de un solo tipo de actor, sino que resulta de las interacciones entre ellos. Revelado por las decisiones que pueden tomar, el poder de los jueces constitucionales no es, por tanto, absoluto ni otorgado de una vez por todas. Se construye, mantiene, aumenta o debilita progresiva y continuamente en función del sistema de relaciones de los actores. Es precisamente en este contexto donde se estimula la creatividad de los tribunales constitucionales en la tipología de decisiones. Asimismo, una perspectiva heredada del análisis estratégico, tal como se practica en el trabajo de la política judicial, debe acompañar necesariamente el análisis técnico preciso que entrega el derecho procesal constitucional.⁹⁴

H. Fuentes de consulta para la información general sobre el Consejo Constitucional francés

Avril, P. y Gicquel, J., *Le Conseil constitutionnel*, 6a. ed., Paris, Montchrestien-Lextenso, 2011.

Cerda Guzmán, C. y Guglielmi, G. J., *Las sentencias básicas del Consejo Constitucional francés*, pról. Sánchez Navarro Á.J., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021.

Disant, M., *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité. Cadre juridique, pratiques jurisprudentielles*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2011.

Drago, G., *Contentieux constitutionnel français*, 5a. ed., Paris, PUF, 2020.

Goesel-Le Bihan, V., *Contentieux constitutionnel*, préf. Wachsmann P., 2a. ed., Paris, Ellipses, 2016.

⁹⁴ Pour une tentative systématique en ce sens, v. Tusseau, G., *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, Lextenso, 2021, 1452 p.

Groupe de travail commun au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation sur la question prioritaire de constitutionnalité, 2018, «<https://www.courdecassation.fr/IMG///Rapport%20QPC%20Conseil%20d%20Etat%20Cour%20de%20cassation%202018%20-.pdf>» (consulté le 1er juin 2021).

Hamon, F y Troper, M., *Droit constitutionnel*, 40a ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019.

Maugüé, C. y Stahl, J.-H., *La question prioritaire de constitutionnalité*, 3a. ed., Paris, Dalloz, 2017.

Renoux, T.S., De Villiers, M. y Magnon, X. (dirs.), *Code constitutionnel 2021*, 10a ed., Paris, LexisNexis, 2020.

Rousseau, D., Gahdoun, P.-Y. y Bonnet, J., *Droit du contentieux constitutionnel*, préf. Vedel G., 12a ed., Paris la Défense, LGDJ, 2020.

Sitio web del Consejo Constitucional: «<https://www.conseil-constitutionnel.fr/>» (consulté le 1er juin 2021).

Tusseau, G., *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, Lextenso, 2021.

_____, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 6a. ed., Paris, Le Seuil, 2021, à paraître.

Verpeaux M., *Contentieux constitutionnel*, 2a. ed., Paris, Dalloz, 2020.

27. Los efectos temporales de la inconstitucionalidad: un camino de derecho comparado. Especial análisis del sistema italiano

Matteo Nicolini*

Enrico Andreoli**

(Traducido por María Guadalupe Imormino De Haro)

* Doctor por la Universidad de Verona y profesor titular de Derecho comparado en la misma Universidad, en donde también el Doctorado. También es profesor visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Newcastle (Reino Unido) y external partner del Centro para el Estudio del Derecho en la Teoría y la Práctica de la Universidad John Moores de Liverpool.

** Investigador de Derecho público comparado en la Universidad de Verona. Es autor de publicaciones en revistas nacionales e internacionales y en obras colectivas, con especial atención sobre sistemas y modelos de justicia constitucional.

SUMARIO: A. Introducción. Las razones de la investigación. B. Los efectos temporales de las decisiones desde una perspectiva comparada. C. El papel de la comparación y el estudio de los efectos temporales. D. Las técnicas de construcción de la retroactividad. E. La disponibilidad de los efectos temporales por parte de los órganos constitucionales. F. La retroactividad como consecuencia del acceso incidental. Consideraciones críticas. G. De la retroactividad al "momento de la inaplicación". H. ¿La ilusión de "controlar el tiempo"? I. Observaciones finales.

A. Introducción. Las razones de la investigación

El presente artículo examina un tema clásico en los estudios de derecho constitucional (y comparado): la regulación de los efectos temporales de las decisiones de constitucionalidad.

El tema, como es bien sabido, es objeto de numerosas contribuciones científicas. La experiencia italiana, en la que se concentrará principalmente esta contribución, le ha dedicado numerosos estudios.¹ No fue

¹ Cfr., p. ej. Azzariti, G., "Gli effetti delle pronunce sulla costituzionalità delle leggi", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1950, pp. 152 y ss.; Calamandrei, P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950; Sandulli, A.M., "Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1959, pp. 41 y ss.; Espósito, C., "Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia", en *Rivista di Diritto Processuale*, pp. 296 y ss.; Liebman, E.T., "Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1957, pp. 512 y ss.; Jaeger, N., "Sui limiti di efficacia delle decisioni della Corte costituzionale", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1958, pp. 377 y ss.; Pierandrei, F., "Corte costituzionale", en *Enciclopedia del Diritto*, X, Milano, 1962, p. 898; Garbagnati, E., "Efficacia nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale", en *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano, 1977, pp. 411 y ss.; AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte*

menor la aportación de la doctrina extranjera² y de los estudiosos del derecho comparado.³ El objetivo es estudiar un área tradicionalmente objeto de los estudios de derecho constitucional, sin embargo, lo que aquí se propone es la adopción de una vía metodológica diferente; más concretamente, se trata de examinar la regulación de los efectos temporales de la inconstitucionalidad utilizando las herramientas que la comparación pone a disposición del jurista.

Esta elección metodológica se basa en varios argumentos. En primer lugar, la literatura comparada nos recuerda que entre las funciones secundarias de la comparación está también la de contribuir a una mejor comprensión del derecho interno.⁴ Es ese punto de vista externo al derecho el que adopta Alessandro Somma al examinar el fenómeno jurí-

costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. *Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989; D'Amico, M., *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, 1993; Pinardi, R., *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, 1993. Recientemente v. Stevanato, A., "Oltre la sentenza n. 10/2015: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze di accoglimento fra limiti costituzionali e nuove prospettive della giustizia costituzionale", en *RivistaAIC*, 3/2018; Diaco, D., *Gli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, en *Consulta Online*, I, 2016; Pinardi, R., *La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, en *jurisprudencia costituzionale*, 3/2019, 1897 ss.; C. Padula (cur.), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli, 2020.

² V. Bocanegra Serras, R., *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982, pp. 216 y ss., 235 y ss.; Alonso García, R., *El Tribunal Constitucional y la eficacia temporal de sus sentencias anulatorias*, en *REA*, 1989, pp. 255 y ss.; Tribe, L., *American Constitutional Law*, New York, 2000, pp. 213 y ss.; Rousseau, D., *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, 1996, pp. 107 y ss.; Tusseau, G., *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, LGDJ, 2021.

³ Cfr. Cappelletti, M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968, pp. 109 y ss.; Pizzorusso, A., "Art. 136", en *Comm. cost. Branca, Art. 134-139. Garanzie costituzionali*, Bologna-Roma, 1981, pp. 175 y ss.; Caravita, B., *La Corte «Giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi*, I, *La Corte costituzionale austriaca*, Padova, 1985, pp. 181 y ss.; Heringa, A.W., "Retrospective and Prospective Ruling", en Bakker, R., Heringa, A.W. y Stroink, F.A.M., *Judicial Control: Comparative Essays on Judicial Review*, Apeldoorn, 1995, pp. 55 y ss.; Parodi, G., "Gli effetti nel tempo della decisione d'incostituzionalità: profili di comparazione", en *Studi in memoria di Giuseppe G. Florida*, Napoli, 2009, pp. 511 y ss.; Verstraelen, S., "The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity", en *German Law Journ.*, vol. 14, n. 9, 2013, pp. 1689 y ss.; Popelier, P., Verstraelen, S., Vanheule, D. y Vanleberghe, B. (eds.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge, 2013; Pegoraro, L., *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino, 2019; Bagni, S. y Nicolini, M., *Giustizia costituzionale comparata*, Milano, 2021.

⁴ Pegoraro, L., *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, 2014, pp. 229 y ss.

dico.⁵ En segundo lugar, incluso el constitucionalismo italiano, como se verá, se remite a categorías desarrolladas de forma comparada a la hora de enmarcar la dinámica del sistema de justicia constitucional nacional. Por último, la cuestión de la dimensión temporal de la invalidez de la ley también puede estudiarse aplicando las categorías y clasificaciones de los comparatistas, en general, y de los estudiosos de la justicia constitucional comparada, en particular. En este sentido, la comparación ofrece más razones para releer en clave comparada el sistema italiano que regula los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad.

Las razones son, en primer lugar, "dogmáticas". Al examinar los manuales italianos, la retroactividad se califica como la regla general tras la pérdida de eficacia de la ley declarada inconstitucional.⁶ Se considera que esta regla tiene un fundamento directo en el artículo 136 de la Constitución, desarrollado por las leyes —constitucionales y ordinarias— a las que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 137 de la Constitución.

Las razones "dogmáticas", sin embargo, implican algo más que la mera coherencia con los principios constitucionales. No se trata de la «posición correcta» de la Corte Constitucional con respecto a la forma de gobierno o de su papel en la determinación de la dirección político-constitucional,⁷ sino de las modalidades a través de las cuales el formante doctrinal ha interpretado la disposición constitucional.

⁵ Somma, A., *Introducción al derecho comparado*, Madrid, 2015, pp. 31 y ss.

⁶ Mortati, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, pp. 1415 y ss.; Crisafulli, V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, *L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, 1984, pp. 383 y ss.; Onida, V. y D'Amico, M., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi. Materiali di giustizia costituzionale*, I, *Il giudizio in via incidentale*, Torino, 1988, pp. 362 y ss.; Cerri, A., *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, pp. 244 y ss.; Zagrebelsky, G. y Marcenò, V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2018, pp. 349 y ss.; Ruggeri, A. y Spadaro, A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, pp. 133 y ss., 158 y ss.; Malfatti, E., Panizza, S. y Romboli, R., *Giustizia costituzionale*, Torino, 2021, pp. 137 y ss.

⁷ Zagrebelsky, G., "Diritto processuale costituzionale?", en AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milano, 1990, p. 118. Cfr. también Mezzanotte, C., "Processo costituzionale e forma di governo", en *ibidem*, pp. 65 y ss.; Bognetti, G., *La Corte costituzionale tra procedura e politica*, en *ibidem*, p. 232. Cfr. Zagrebelsky, G., "La Corte in-politica", en *Quaderni Costituzionali*, 2005, pp.

En presencia de un dictado normativo que razona el *cese de la eficacia y el cese de la aplicación*⁸ de la ley declarada inconstitucional, se originó de hecho un amplio debate científico.

Los argumentos a favor de la retroactividad han sido confirmados por el formante jurisprudencial⁹ y han prevalecido sobre sólidos argumentos, también de carácter textual, en apoyo de la irretroactividad de la declaración de inconstitucionalidad. Los planteamientos favorables de los efectos retroactivos de las sentencias llegaron a soldarse entre sí y con la jurisprudencia constitucional. La compactación de esta estructura argumentativa —construida por "acumulación" de precedentes doctrinales, primero, y jurisprudenciales, después—¹⁰ presionó sobre el texto constitucional, de modo que la retroactividad es ahora *jus receptum* del sistema italiano de justicia constitucional.¹¹

La interacción entre los formantes doctrinal y jurisprudencial, por un lado, y entre éstos y el normativo, por otro, conduce a una doble consecuencia: por un lado, una vez convertido en *jus receptum*,¹² el tema parece haber perdido interés científico; por otro lado, el formante doctrinal ha estructurado la regulación de los efectos temporales como "modelo ejemplar". Por tanto, la doctrina suele repetir escuetamente que, en el juicio en vía incidental, la «extensión *erga omnes*, también

273 y ss. El problema es común a otros ordenamientos constitucionales: v. por España a Salas, J., "Il Tribunale costituzionale spagnolo e la sua competenza in riferimento alla forma di governo. I suoi rapporti con i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario", en *Quaderni Costituzionali*, 1982, pp. 621 y ss.

⁸ Cfr. respectivamente artículo 136, c. 1, constitucional y artículo 30, c. 4, ley n. 87/1953. Cfr. *amplius infra*, párr. 5.

⁹ Cfr. Corte cass., sez. I civ., 16 settembre di 1957, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1958, pp. 239 y ss.; Corte costituzionale, sentenza n. 127/1966, en jurisprudencia constitucional, 1966, pp. 1697 y ss.

¹⁰ Cfr., en este sentido, Onida, V., *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, en jurisprudencia constitucional., 1965, 518.

¹¹ Modugno, F., *Considerazioni sul tema*, en *Effetti*, cit., 13.

¹² Cfr. Ruggeri, A. y Spadaro, A., *Lineamenti*, cit., p. 160, para quien «la cuestión es ahora la "historia" del derecho». No obstante, existen notables excepciones: v. Politi, F., *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, 1997; Ruotolo, M., *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000.

respecto a las relaciones anteriores, a la eficacia de las sentencias de inconstitucionalidad, es la única solución plenamente coherente con el principio que inspira la base del sistema de control de constitucionalidad de las leyes... el principio de *prevalencia* de la norma constitucional sobre la ordinaria». Una verdadera «necesidad lógica», se podría afirmar, cuando menos para el juicio *a quo*; no para las demás relaciones, alegadas o no en el juicio, en las que debe aplicarse la norma declarada inconstitucional. Con respecto a estas últimas, de hecho, la retroactividad opera sobre un plano distinto, porque la extensión de la retroactividad a ellas no es una consecuencia lógica sino jurídica de los principios de igualdad y de tutela judicial, en virtud de los cuales situaciones análogas (es decir, que se rigen por la misma norma, ahora inconstitucional) deben ser tratadas de la misma manera (ampliando los efectos temporales de las decisiones).¹³

B. Los efectos temporales de las decisiones desde una perspectiva comparada

La reflexión sobre la temporalidad de la invalidez de la ley plantea importantes cuestiones de método.

Desde el punto de vista de la comparación, una investigación sobre los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad en Italia tiene el sello de la *unidimensionalidad*. No tanto porque las investigaciones de derecho interno favorezcan un método *top-down*,¹⁴ sino porque, al descender desde la Constitución por los caminos trazados por la legislación de actuación, la incrustación entre formantes que han contribuido a crear el sistema retroactivo "ejemplar" se acopla en una elegante actividad de exégesis, en la que se mide la distancia entre los enfoques doctrinales

¹³ Onida, V. y D'Amico, M., *Il giudizio di costituzionalità*, I, cit., pp. 362-363. Cfr. también Ruotolo, M., *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, en *Rivista AIC*, 2, 2019, pp. 644 y ss.

¹⁴ Cfr. Pegoraro, L. y Rinella, A., *Sistemi costituzionali*, Torino, 2020, p. 7.

(a favor y en contra de la irretroactividad) y no la que separa dichas reinterpretaciones de los materiales normativos interpretados.

La opción metodológica puede parecer inusual. No es casualidad que se utilicen términos propios de la comparación jurídica (clasificaciones, modelos, formantes, etc.), para calificar las instituciones que el constitucionalismo italiano señala con términos diferentes. Por otro lado, es un hecho que los formantes indican las reglas generadoras de un determinado orden jurídico¹⁵ y que, en el contexto de los ordenamientos individuales, la comparación evidencia la disociación entre las declaraciones y las reglas operativas, la alineación o "fractura" entre los formantes.

La desviación entre *law in the books* y *law in action* también puede apreciarse en sentido "vertical". Esto ocurre al interior del mismo formante, cuando las fuentes subordinadas atribuyen otros significados al texto constitucional - o no lo hacen en absoluto, la inaplicación constitucional que determina la brecha entre el derecho vigente y derecho vivo.

Por último, puede ocurrir que otros formantes contribuyan al desajuste vertical: es el caso de la jurisprudencia constitucional, en la cual preside el principio de prevalencia de la Constitución al interpretarla a la luz de la ley ordinaria.¹⁶

Lo que sale a relucir a través de un análisis metodológico es la noción de *modelo*. No un *Rechtstypus*, ni un *Rechtsideal*,¹⁷ sino un *modelo exemplar*:

¹⁵ Entre muchos *cfr.*, al menos, Sacco, R., *Legal Formant: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, en *Am. Journ. Comp. Law*, vol. 39, 1991, pp. 343 y ss.; Mattei, U. y Monateri P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997, p. 14; Pegoraro L. y Rinella, A., *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Milano, 2013; Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019, pp. 43 y ss.; Pegoraro, L. y Rinella, A., *Sistemi*, cit., pp. 41 y ss.

¹⁶ Técnica de interpretación utilizada también por la Corte Constitucional italiana: *cfr.* Palermo, E., "Stato, Regioni e Corte: dialogo tra sordi sulla cooperazione allo sviluppo?", en *Regioni*, 2008, p. 1230 e *ibidem* nota 31; Nicolini, M., *La disciplina transitoria statale sui tributi «propri» delle Regioni e la potestà legislativa regionale in materia tributaria. Il caso della «regionalizzazione» dell'IRAP*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, p. 924.

¹⁷ *Cfr. infra*, par. 4.

el modelo italiano de los efectos temporales sería el producto de una abstracción operada gracias a la mediación y a la racionalización de la doctrina.¹⁸

El modelo ejemplar italiano de los efectos temporales de las decisiones de inconstitucionalidad descansa en la única "autoridad" del formante doctrinal. Una operación que, aunque científicamente admisible, es criticable precisamente en relación con el caso italiano. La calificación en términos de *modelo* de la regulación de los efectos temporales carecería de ese carácter relacional que es típico de las investigaciones comparativas y quedarían las operaciones de construcción del modelo ejemplar enteramente confiadas a una evaluación interna de la ciencia jurídica italiana.¹⁹

Se recuerda así la distinción entre *modelo* y *sistema*, entendiendo esta última expresión como el marco concreto del que se deriva la elaboración del modelo abstracto.²⁰ En este sentido, parece posible hablar de *modelo* cuando los procesos de abstracción y síntesis se refieren a un sistema de justicia constitucional en su totalidad. En consecuencia, para los efectos temporales, parecería más correcto hablar no tanto de modelo —ejemplar o no— ni de un sistema, sino de un marco (o sistema) regulatorio.²¹ Esto no implica ninguna desvirtuación: el marco regulatorio

¹⁸ Cfr., sobre el punto, Pegoraro, L., *I rapporti della Corte costituzionale col legislatore e la sistematica dei modelli di giustizia costituzionale dopo lo smaltimento dell'arretrato*, en Romboli, R. (cur.), *La giustizia costituzionale a una svolta*. Atti del seminario di Pisa del 5 di maggio di 1990, Torino, 1991, p. 185: el tipo ideal (o modelo) ejemplar se construye mediante la abstracción del modelo histórico —a su vez 'ejemplar'—.

¹⁹ No es sorprendente que S. Verstraelen, *The Temporal Limitation*, cit., 1692, argumenta que «Because Germany was one of the first countries to impose a retroactive effect on the decisions of the Bundesverfassungsgericht [...] the effect *ex tunc* is referred to hereinafter as the German model». Además, en la lista de Estados donde se ha aceptado la retroactividad de los efectos de las sentencias estimatorias, el autor incluye a Alemania, Bélgica, Irlanda, Portugal, España y Estonia, pero no a Italia (*ibidem*, 1963). Para una lista actualizada de estos países v. Bagni, S. y Nicolini, M., *Giustizia costituzionale comparata*, cit., pp. 269 y ss.

²⁰ Distinción entre modelo y sistema en Pegoraro, L., "A Justiça constitucional no quadro do constitucionalismo contemporâneo", en Almeida Filho, A. y Bilac Moreira Pinto Filho, F. (orgs.), *Constitucionalismo e Estado*, Sao Paulo, 2006, pp. 441-442.

²¹ Cfr., sobre el punto, Bagni, S. y Nicolini, M., *Giustizia costituzionale comparata*, cit., pp. 23 y ss.

bien puede ser un candidato a material normativo para operaciones de *legal borrowing* y de *legal trasplant*, con lo que se facilita la *dissemination* mediante su circulación y recepción.

C. El rol de la comparación y el estudio de los efectos temporales

De lo expuesto en el apartado anterior se desprende un primer resultado: el cese retroactivo de la eficacia de los actos legislativos declarados constitucionalmente ilegítimos no es un *modelo*, sino una parte constitutiva del sistema de justicia constitucional italiano —es, de hecho, uno de sus marcos regulatorios—.

Sin embargo, es evidente que la aplicación del método comparado al estudio del derecho interno no pretende realizar las finalidades primarias, así como las conexas a las funciones adicionales a la comparación.²² En primer lugar, estas finalidades primarias se derivan de ser la comparación de una «ciencia crítica» con «fines cognitivos autónomos».²³ En segundo lugar, la propuesta de la presente investigación responde a la función práctica de la comparación: el recurrir al formante doctrinal para un mejor conocimiento del propio derecho nacional. Por último, el examen de los efectos retroactivos de las decisiones de constitucionalidad se expone a la comparación con otros formantes doctrinales.

Al utilizar la comparación de forma práctica, es inherente un cierto grado de subversión.²⁴ Esto tiene consecuencias considerables sobre el objeto de la investigación, dado que la aplicación del método comparado acaba reaccionando sobre las instituciones positivamente aceptadas

²² Cfr. Vergottini, G. de, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2019, pp. 16 y ss.

²³ Cfr., respectivamente, Somma, A., *Introduzione*, cit., p. 45 y Pegoraro L. y Rinella, A., *op. cit.*, p. 23. Cfr. altresí Sacco, R., *Introduzione*, cit., 13; Zweigert, K. y Kötz, H., "Cap. III", en *Einführung in die Rechtsvergleichung. Band 1: Grundlage*, Tübingen, cit..

²⁴ Cfr. Muir Watt, H., *Further Terrains for Subversive Comparison: The Field of Global Governance and the Public/Private Debate*, en Monateri, P.G. (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham-Northampton, 2012, p. 270.

y aplicadas en el derecho italiano. Esto sugiere volver a la raíz del "diálogo" entre los formantes, interrumpido por la literatura mediante la adhesión a la interpretación estricta del significado que se deduce de los artículos 136 constitucional y 30 de la ley n. 87/1953.²⁵

Las coordenadas de esta trayectoria de investigación son más de una.

La primera delimita el estudio únicamente a las sentencias estimatorias: es respecto de ellas que la doctrina ha construido el marco —que es, al mismo tiempo, conceptual y prescriptivo— de la irretroactividad como efecto general conexo al cese de eficacia de las leyes inconstitucionales.

Las decisiones de rechazo se mantienen al margen. En tales hipótesis, la dimensión temporal de la invalidez de la ley se entremezcla con otras problemáticas diferentes: piénsese en aquellas de naturaleza procesal,²⁶ o bien a aquellas que atienden al vínculo derivado del pronunciamiento frente a los poderes públicos, la eficacia de éste y el seguimiento de las sentencias.²⁷

²⁵ Ya F. Politi, *Gli effetti*, cit., 2 ibidem nota 3, había afirmado cómo «detrás de la "inicial" (y aparente) unidad de la jurisprudencia y la doctrina en el reconocimiento de la capacidad de una sentencia positiva para afectar no sólo a las relaciones futuras, sino también a las pasadas... no es difícil encontrar... diferentes interpretaciones que, a partir de meras distinciones, llegan a veces a conclusiones diametralmente opuestas a aquellas que prevalecen».

²⁶ La adjudicación constitucional, la preclusión de la cuestión, la naturaleza del fallo —que es sobre la cuestión y no sobre la ley—.

²⁷ Estas cuestiones también se cultivan ampliamente en el constitucionalismo español: *cfr.* Bocanegra Serras, R., *op. cit.*, pp. 216 y ss.; Medina Guerrero, M., "Art. 38", en Requejo Pagés, J.L. (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2001, pp. 533 y ss.; Balaguer Callejón, L., "Las sentencias del Tribunal Constitucional", en Balaguer Callejón, F. (coord.), *Manual de derecho constitucional*, I, Madrid, 2020, pp. 312 y ss. El rechazo no implica la certificación de la validez de la ley, como si gozara «de una eterna presunción *juris et de jure*» (Caamaño Domínguez, F., Gómez Montoro, A.J. Medina Guerrero, M. y Requejo Pagés, J.L., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Madrid, 2000, p. 69). Sobre los efectos de las decisiones de rechazo y su seguimiento en Italia, *cfr.* Pizzorusso, A., *Art. 136*, cit., 190; Pegoraro, L., *La Corte e il Parlamento. Sentenze di indirizzo ed attività legislativa*, Padova, 1987; Ruggeri, A., *Storia di un «Falso». Efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990; Cheli, E., *Giustizia costituzionale e sfera parlamentare*, en *Quaderni Costituzionali*, 1993, pp. 263 y ss.; Bin, R., Brunelli, G. y Pugiotto, A. (cur.), «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della corte costituzionale, Napoli, 2006; Parodi, G., "Art. 136", en Bifulco, R., Celotto, A. y Olivetti, M. (cur.), *Commentario alla Costituzione*, III, Art. 101-139, Torino, 2006, pp. 2652 y 2666; Ruggeri, A. y Spadaro, A. *op. cit.*, pp. 143-146; Pegoraro,

Los problemas se complican aún más con las sentencias interpretativas desestimatorias, en las que —como resultado de una interpretación constitucionalmente conforme— la norma extraída de la disposición impugnada tiene carácter "retroactivo" y es aplicada en el proceso *a quo*. En este caso, la retroactividad, vinculada al pronunciamiento y seguimiento de las decisiones están a tal punto conexas que se puede considerar que la sentencia (y la interpretación de la norma) tiene efectos *pro praeterito*.²⁸ Además, la proyección *pro praeterito* supondría no sólo una interpretación de rechazo: aunque la interpretación de la Corte sea desatendida (por los jueces y otros poderes públicos), la consolidación de los efectos *ex tunc* se confiaría a las sentencias y ordenanzas de inadmisibilidad manifiesta, a las sentencias exhortativas²⁹ y, en caso necesario, a las sentencias interpretativas estimatorias.³⁰

El enfoque *bottom-up* relativiza las problemáticas evidenciadas, que son efectivamente comunes a numerosos ordenamientos europeos.³¹ Incluso

L. y Bagni, S., "¿Las resoluciones de la Corte constitucional en materia procesal son fuentes normativas del proceso constitucional?", en Palomino Manchego, J.F. (coord.), *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, II, Lima, 2006, pp. 1290 y ss.

²⁸ Cfr. Cappelletti, M., *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*, Padova, 1956. Se trata de principios adquiridos: cfr. Crisafulli, V., "Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1965, p. 94; Mazziotti, M., *Efficacia delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, *ibidem*, 1960, pp. 1100 y ss.; Mortati, C., *Istituzioni*, I, cit., pp. 1430 y ss. Sobre la eficacia como precedentes de estas decisiones cfr. Pizzorusso, A., "Stare decisis e Corte costituzionale", en Treves, G. (cur.), *Il valore del precedente nella giustizia costituzionale italiana*, Torino, 1971, pp. 38-48 y ss.

²⁹ Para lo cual cfr. las recientes sentencias de la Corte Constitucional. n. 33/2018; n. 98/2019; n. 32/2021, con nota de A. Matteoni, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, en *Consulta Online, Studi*, II, 2021, pp. 348 y ss.; n. 152/2021; n. 154/2021; n. 173/2021. Cfr. también

³⁰ Pierandrei, F., *Corte costituzionale*, cit., pp. 982 y ss.

³¹ Para España cfr. Rubio Llorente, F. y Jimenéz Campo, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998, pp. 130 y ss.; Medina Guerrero, M., *Art. 38*, cit., pp. 533 y ss.; Caamaño Domínguez, F., Gómez Montoro, A.J., Medina Guerrero, M. y Requejo Pagés J.L., *Jurisdicción*, cit., p. 73. Para Bélgica cfr. Rosoux, G., "Le réserves d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage: une alternative à l'annulation?", en *Rev. Belge dr. const.*, 2001, pp. 385 y ss.; Rigaux, M.-F. y Renauld, B., *La cour constitutionnelle*, Bruxelles, 2009, pp. 229 y ss.; Peeters, B., *European Law Restrictions on the Temporal Effect of National Judicial Decisions: the Case of the Belgian Constitutional Court*, en *Tiberghien*, 2020 (disponible en www.tiberghien.com). En cuanto a Alemania, es el § 31 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (BVerGG) para regular estos aspectos: cfr. Luther, J., "La giustizia costituzionale nella Repubblica federale di Germania", en Luther, J., Romboli, R., Tarchi, R. (cur.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, I, Usa, Canada, Svizzera, Austria, Germania, Francia, Torino, 2000, p. 179.

un análisis del sistema de los Estados Unidos muestra tal homogeneidad de problemáticas. Se vislumbran similitudes con la construcción del *modelo ejemplar* italiano: la retroactividad del sistema se apoya en la teoría clásica del precedente, sobre la "autoridad" de los antiguos formantes doctrinales (Hale y Blackstone) y en su *stare decisis*.³² Además, se recurre al uso del *prospective overruling*.³³

La Corte Suprema siempre ha considerado como *policy matter* su facultad de modular, con lo que limita la retroactividad, a los efectos temporales de sus decisiones.³⁴ Es igualmente cierto que la interpretación constitucionalmente compatible, que la Corte extrae de la disposición para orientarla *pro futuro*, puede encontrar aplicaciones inmediatas y concretas: un resultado, éste, similar al de las interpretaciones de rechazo «correctivo» y «adaptador» a través del cual la Corte Constitucional italiana contribuye activamente a la formación del derecho vivo.³⁵ Pero hay más. También parece discernirse una equivalencia funcional entre las sentencias interpretativas de rechazo, "correctoras" y estabilizadoras del derecho vivo, y los efectos del *anticipatory overruling*, ya que la decisión del juez de grado inferior se dicta efectivamente sobre la base del *stare decisis*, pero en relación con futuras y muy probables *rationes decidendi* de la Corte Suprema.³⁶

³² «Judicial decisions have had retrospective operation for near a thousand years»: por lo que la opinión disidente del juez O.W. Holmes in *Kuhn v. Fairmont Coal Co.*, 215 U.S. 349, 372 (1910). Cfr., sobre el punto, *Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts Source*, en *Yale L. J.*, vol. 71, 1962, pp. 907-951.

³³ V. los estudios de T.S. Currier, *Time and Change in Judge-Made Law: Prospective Overruling*, en *Virginia L. Rev.*, vol. 51, 1965, pp. 201 y ss.; Friedmann, W., *Limits of Judicial Lawmaking and Prospective Overruling*, en *Modern L. Rev.*, vol. 29, 1966, pp. 593 y ss.

³⁴ Sin embargo, al someterlos al riguroso test desarrollado en *Chevron v. Oil Co. v. Huson*, 404 U.S. 97 (1971), anulado en parte en *Harper v. Virginia Department of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993). En efecto, «the Chevron Oil test cannot determine the choice of law by relying on the equities of the particular case»; y la aplicación de la ley no se refiere «whether [litigants] actually relied on [an] old rule [or] how they would suffer from retroactive application [of a new one]» [*James B. Beam Distilling Co. v. Georgia*, 501 U.S. 529, 543 (1991) (*opinion* di Souter, J.)]. Para aplicaciones más recientes del test v. *Kolkevich v. Attorney General*, 501 F.3d 323, 338 n.9 (3rd Circ. 2007) y *Wright v. Owens Corning*, 450 B.R. 541 (W.D. Pa. 2011).

³⁵ Cfr. Ruggeri, A. y Spadaro, A. *op. cit.*, pp. 142-143; Bin, R. y Pitruzzella, G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2021, p. 480.

³⁶ Sobre la anulación anticipada como 'strategic decision-making' cfr. Cross, FB., *Decision-making in the U.S. Circuit Courts of Appeals*, en *California L. Rev.*, vol. 91, 2003, pp. 1282 y ss., y 1486-1488.

Un debate aparte merece la cuestión de las decisiones procesales, donde la retroactividad se diluye en los efectos preclusivos de las sentencias y de las ordenanzas de inadmisibilidad.³⁷ Se trata de decisiones con carácter definitivo, como en el caso de pronunciamientos inadmisibles, al plantearse sobre *leyes inexistentes*. Estas decisiones fueron dotadas de una eficacia distinta: de la inadmisibilidad se desprende la obligación para todos los jueces de no plantear la cuestión, sino ajustarse al *dictum* de la Corte y aplicar la ley (inexistente).³⁸

La segunda coordenada de la ruta de investigación se refiere a los requisitos previos para la comparación: desde una óptica microcomparativa, se hace referencia a la *homogeneidad* entre las disposiciones reglamentarias de los efectos temporales de las decisiones de constitucionalidad.³⁹ Lo que complementa la exigencia de homogeneidad es la consideración de la "realidad efectiva" de los sistemas de justicia constitucional: en todos los ordenamientos se cuestiona la dimensión temporal de la invalidez de la ley y se indagan los medios para modular y limitar estos efectos.⁴⁰

Independientemente del modelo (de tipo difuso o concentrado), lo que importa es el momento en que se manifiesta la pérdida de eficacia de la ley. La homogeneidad se resuelve así en la *concreción* del control

³⁷ Cfr. Pizzorusso, A., *Questione di costituzionalità della legge e questione di costituzionalità dell'atto sindacato dal giudice «a quo»: applicazione della legge e pregiudizialità della questione*, en *Foro it.*, 1982, I, p. 337; Luciani, M., *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, pp. 120 y ss.

³⁸ Luciani, M. *op. cit.*, pp. 129-130.

³⁹ Cfr. Vergottini, G. de, *Diritto costituzionale comparato*, cit., pp. 82 y ss.; Pegoraro, L. y Rinella, A. *op. cit.*, pp. 58 y ss.

⁴⁰ Conserva utilidad la distinción entre los modelos norteamericano (difuso) y europeo (centralizado) revisado en D'Amico, M., *Giudizio sulle leggi*, cit., pp. 9-13: la atribución a las Cortes Europeas de poderes específicos de limitación-modulación de los efectos temporales daría lugar a un poder "en el tiempo". En cuanto a la Corte Suprema, estaría sujeta "al tiempo" de la decisión y quedaría supeditada a la necesidad de ofrecer soluciones a casos y controversias concretas. Cfr. también D'Andrea, A. y Lauro, A., *La "modulazione" delle pronunce della Corte costituzionale: quando la prudenza (apparente) fa da sponda all'indirizzo politico*, en *Rass. parl.*, 1/2021, pp. 7 y ss.; D'Amico, M., *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, en *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, III, Collana di studi per Consulta Online, 2020, pp. 111 y ss.

que asegura el carácter incidental del juicio. Y no es casualidad que la concreción como cualidad del control recorra los sistemas clásicos de tipo centralizado, respecto de los cuales se comparará la reinterpretación del sistema italiano: Austria, con la *Bundesverfassungsnovelle* de 1929;⁴¹ Alemania y España, con la adopción de sus respectivas constituciones y de sus respectivas leyes de actuación; de nuevo Austria, con la extensión de los jueces a *quibus* legitimados para plantear un incidente de constitucionalidad⁴² y que, con la introducción de la *Gesetzbeschwerb*,⁴³ aumenta el ya elevado grado de concreción del sistema; por último, Bélgica.⁴⁴

La configuración jurisprudencial ha contribuido a ello. El *Bundesverfassungsgericht* austriaco aplica las facultades de modulación (que se le atribuyen constitucionalmente) para extender los efectos temporales de las decisiones mucho más allá de los juicios a *quibus* (*Anlassfälle*), la llamada *Ergreiferprämie*, o "prima de captura".⁴⁵ No de forma diferente en los Estados Unidos de América: la Constitución no afecta a la autoridad de los precedentes que apoyan la *fundamental rule* de la «retrospective operation» que rige el sistema de «decisiones judiciales... desde hace casi mil años»;⁴⁶ sin embargo, la compacidad que la *constitutional adjudi-*

⁴¹ BGBl. Nr. 392/1929. Un cierto grado de concreción ya estaba presente en el sistema originario, por lo que la Corte Constitucional austriaca pudo plantear ante ella un incidente de constitucionalidad durante la revisión abstracta: *cfr.*, para todos, Cappelletti, M., *Il controllo giudiziario*, cit., p. 111.

⁴² BGBl. Nr. 302/1975. *Cfr.* Öhlinger, T., *La giurisdizione costituzionale in Austria*, en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 543.

⁴³ BGBl. Nr. 114/2013. *Cfr.* Jestaedt, M., *Die (Möglichkeit) einer Gesetzbeschwerde an den Verfassungsgerichtshof*, en Holoubek, M. y Lang, M. (Hrsg.), *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz*, Wien, 2013, pp. 395 y ss.

⁴⁴ *Cfr.* Rigaux, M.-F y Renauld, B., *La Cour constitutionnelle*, cit., pp. 173 y ss.; Lejeune, Y., *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, Bruxelles, 2010, pp. 140 y ss.

⁴⁵ Art. 140, c. 7, B-VG. *Cfr.* Caravita, B., *La Corte «Giudice a quo»*, cit., pp. 132-133, y 190; Öhlinger, T., *Verfassungsrecht*, Wien, 2007, pp. 465 y ss.; D'Orlando, E., *La giustizia costituzionale in Austria*, en Mezzetti, L. (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, p. 135; Schäffer, H., *Artikel 140 B-VG*, en Rill, H.P y Schäffer, H. (Hrsg.), *Bundesverfassungsrecht Kommentar*, Wien, 2001, pp. 104 y ss. *Cfr.*, ad es., VfGH sett. 29 junio 2005, B863/04 y 14 diciembre 2005, B1025/04 ua.

⁴⁶ *Cfr.* *Kuhn v. Fairmont Coal Co.*, cit. (Holmes J., *dissenting*).

cation recibe del formante "histórico" ha cedido a razones de eficacia y ha admitido hipótesis de limitación de la retroactividad discrecionalmente evaluadas por la Corte Suprema, hasta el punto de ser concebida «as purely matter of policy». ⁴⁷

La aplicación práctica del método comparado permite así poner de manifiesto un aspecto "subversivo": la discrepancia entre *retroactividad* y *concreción* en el sistema italiano de justicia constitucional. ⁴⁸ La *regla general* se aplica a todas las sentencias estimatorias, incluidas las que resuelven los juicios instaurados en vía principal. Esto se apoya en la letra de la Constitución: por un lado, el artículo 134.1 califica el control de los actos legislativos como una función unitaria; por otro lado, el artículo 136 es la única norma que regula los efectos, incluidos los temporales, de las decisiones de inconstitucionalidad. El *modelo* es de tipo centralizado, con acceso en vía principal y a control abstracto. En cuanto a los efectos temporales, se equipara al control concreto.

Sin embargo, hay dos "rupturas" en el sistema. Por un lado, hay que recordar que el originario artículo 127 de la Constitución preveía controles preventivos (para las leyes regionales) y controles sucesivos (sobre las leyes estatales). Por otro lado, porque en el juicio en vía principal no hay rastro de juicio *a quo*: parecerían haber desaparecido, por tanto, las razones lógicas que el formante doctrinal formula como fundamento de la retroactividad de la estimación, por lo que se conservan únicamente las razones jurídicas derivadas del artículo 136 de la Constitución y del artículo 30, apartado 3, de la ley n. 87/1953.

Es a partir de esta "desarmonía" que resultará útil para esbozar el camino de la investigación.

⁴⁷ Cfr. Tribe, L.H., *American Constitutional Law*, cit., p. 218. Un primer caso de limitación de la retroactividad "natural" ya se produjo en *Great Northern R. Co. v. Sumburst Oil*, 287 U.S. 358, 364 (1932) y por lo tanto en *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, 639 (1965).

⁴⁸ No es diferente a lo que ocurre en otros sistemas de control de constitucionalidad concentrado.

D. Las técnicas de construcción de la retroactividad

Para analizar la "desarmonía" a la que se refiere el párrafo anterior, es oportuno partir del desajuste progresivo en la configuración del marco regulatorio de los efectos temporales de las decisiones estimatorias que se registra en el formante normativo. El desajuste se convierte en realidad en una verdadera fractura, que se manifiesta tanto en sentido "horizontal" como "vertical".

La fractura "horizontal" es interna al texto constitucional: se llama *distinguishing* semántico. En este sentido, ya se ha dicho que el artículo 136.1 de la Constitución establece que la declaración de ilegitimidad constitucional va unida al *cese de eficacia* de la norma declarada contraria a la Constitución. Sin embargo, éste también conoce una hipótesis diferente de *cese de la eficacia*: la que resulta de la abrogación. Por lo tanto, es necesario comprobar si a un mismo significante le corresponden o no significados diferentes.

Desde el punto de vista léxico, la Constitución no utiliza expresamente el término *cese de la eficacia*. Esta expresión se utiliza en la doctrina para calificar el efecto que se deriva de la disposición constitucional en la que se sustenta la abrogación, es decir, el artículo 70 de la Constitución.⁴⁹ En este caso nos encontramos ante una hipótesis en la que el formante normativo no sólo presupone lo doctrinal, sino que lo asume como contenido propio. Una vez que la abrogación se fundamenta directamente en la Constitución, la delimitación temporal de la eficacia de la norma queda vinculada a ella por otra norma posterior de igual grado y con la misma competencia.

⁴⁹ A partir de Pugliatti, S., *Abrogazione (teoria generale e abrogazione degli atti normativi)*, en *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano, 1958, p. 142. Cfr. altresì Sandulli, A.M., *Legge, forza di legge, valore di legge*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1957, pp. 209 y ss.; Crisafulli, V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano (le fonti normative)*, sexta edición actualizada editada por F. Crisafulli, Padova, 1993, p. 212; Paladin, L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 2000, pp. 87 y ss.

Hay que decir, sin embargo, que no faltaron argumentos a favor de una concepción unitaria del significado del cese de la eficacia, para extender los efectos "doctorales" de la abrogación al significado deducible del artículo 136, párrafo 1, de la Constitución. Por un lado, los trabajos de la Asamblea Constituyente abogarían por atribuir efectos "abrogatorios" a las decisiones estimatorias.

El argumento no resulta especialmente probatorio, ya que las propias obras no parecen ofrecer una indicación clara a favor de la extensión *pro futuro* o incluso *pro praeterito* de las decisiones estimatorias, con especial atención al hecho de que la Asamblea Constituyente —situada temporalmente en un momento anterior al derecho constitucional vivo— es ajena a la desviación entre *law in the books* y *law in action*. Por otro lado, la adopción del modelo de escrutinio de tipo centralizado habría favorecido la adhesión al marco regulatorio del "legislador negativo" de Kelsen. Razonamiento, este último, que parece de poco mérito, dado que es precisamente en relación con este argumento donde se aprecia el citado *distinguishing* "semántico": el cese de la eficacia al que se refiere el artículo 136, apartado 1, de la Constitución no repite el significado del tipo cese-efecto abrogativo.⁵⁰

Se hace entonces evidente la incomunicabilidad entre el *cese de eficacia* derivado del artículo 70 constitucional y el del artículo 136.1 constitucional. Las razones radican en la indisponibilidad de este último por parte de la Corte Constitucional. Esta última se «ocupa de la "declaración" de la ilegitimidad de una disposición, pero no puede "gestionar" los efectos resultantes».⁵¹ Por el contrario, el cese de la eficacia como consecuencia de la abrogación entra de lleno en el ámbito de la discrecionalidad del legislador.⁵²

⁵⁰ Como argumenta Guarino, G., *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, en *Jus*, 1951, p. 357.

⁵¹ También porque la automaticidad del efecto —la pérdida de eficacia— el vigor lo establece la Constitución y se lo quita tanto a la Corte como al Legislativo: *cfr.* Zagrebelsky, G. y Marcenò, V., *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 346-347.

⁵² Por tanto, ya Azzariti, G., *Gli effetti*, cit., pp. 185 y ss.; Delitala, G., *Gli effetti penali della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi*, en *Riv. it. sc. giur.*, 1954, I, p. 20. V también Panzera, C.,

Desde el plano semántico, el *distinguishing* se proyecta sobre los efectos. En este punto, es notable la contribución de la doctrina⁵³ y de la jurisprudencia constitucional. La Corte, por ejemplo, ha precisado la distinción entre las dos formas de *cese de la eficacia*;⁵⁴ también admitió la posibilidad de plantear cuestiones de legitimidad constitucional sobre las normas abrogadas, para romper con la relación entre *vigencia* y *eficacia*.⁵⁵

Las divisiones internas de la categoría de cese de la eficacia también encuentran evidencia en una perspectiva comparativa. El *Tribunal Constitucional* español ha distinguido claramente los planos de actuación y ha opuesto a la delimitación temporal de la eficacia «desde la vigencia de la disposición derogatoria» la «sanción de la nulidad con eficacia originaria».⁵⁶

También, se ha pronunciado sobre la declaración de ilegitimidad de las normas abrogadas.⁵⁷ Una norma abrogada sigue así conformando el ordenamiento constitucional y la delimitación temporal de su eficacia no impide su aplicación, ni siquiera judicialmente, a los hechos producidos durante su vigencia:⁵⁸ la declaración de inconstitucionalidad es el único instrumento que excluye cualquier posible ultratractividad.

Esercizio sussidiario dei poteri processuali e discrezionalità legislativa nella recente giurisprudenza costituzionale, en *Foro it.*, V, 2020, pp. 127 y ss.

⁵³ Sobre la construcción doctrinal del *distinguishing* (y de los distintos planos de operatividad) y la terminación de la eficacia, *cfr.* Pizzorusso, A., *Coincidentia oppositorum?*, en *Foro it.*, 1966, II, pp. 65 y 67.

⁵⁴ Véase Corte Constitucional, sentencia n. 1/1956, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1956, pp. 1 y ss.; n. 49/1970, *ibidem*, 1970, pp. 555 y ss.; n. 63/1970, *ibidem*, pp. 656 y ss.

⁵⁵ *Cfr.*, entre otros, Corte Constitucional, sentencia n. 4/1959, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1959, pp. 22 y ss.

⁵⁶ *Cfr.* STC 14/1981, FJ 4. En España, quizá jugó un papel aún más relevante el hecho de que el artículo 39.1 de la LOTC ordena expresamente la nulidad como consecuencia de la declaración de ilegitimidad constitucional. *Cfr.* I. De la Cueva Aleu, *Art. 39*, en González Rivas, J.J. (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2010, pp. 438 y ss.

⁵⁷ *Cfr.* SSTC 9/1981, FJ 4, e 66/1983, FJ 2. *Cfr.* Gómez Montoro, Á.J., *Art. 39*, en González Rivas, J.J. (dir.), *Comentarios*, cit., pp. 590-591.

⁵⁸ Sobre el punto *cfr.* Guastini, R., "Le fonti del diritto. Fondamenti teorici", en Cicu, A., Messineo, F., Mengoni, L. y continuado por Schlesinger, P. (dirs.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2010, pp. 301-302.

En el mismo sentido se pronuncia el legislador constitucional austriaco, que regula expresamente la declaración de inconstitucionalidad de las normas abrogadas (art. 140, c. 4, BVG).⁵⁹

E. La disponibilidad de los efectos temporales por parte de los órganos constitucionales

Estas últimas cesuras se entrelazan con la segunda fractura —"vertical" — interna del formante normativo, que tiene que ver con el régimen jurídico de la norma ahora declarada inconstitucional. La fractura se refiere a la relación entre el artículo 136 de la Constitución y la Ley n. 87/1953, que desarrolla el primero.

El apartado 3 del artículo 30 de la Ley n. 87 citada fundamenta el régimen indicado en la *inaplicación*. Sin embargo, es un régimen que no parece constituir en sí mismo una hipótesis de retroactividad.⁶⁰

Desde el punto de vista interpretativo, el desajuste "vertical" está totalmente dominado por la doctrina y la jurisprudencia. En relación con el caso que nos ocupa, los formantes doctrinales y jurisprudenciales han propuesto una lectura del artículo 30 de la Ley n. 87 que ha desvinculado la letra del texto de su aplicación concreta. Es así que, de una disposición que regula la "revisión" de la continuidad de la aplicabilidad de la norma ahora inconstitucional, se ha pasado a establecer un *marco regulatorio* de los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad.

Existen numerosos argumentos a favor del planteamiento que ve en el artículo 30 de la Ley 87/1953 un criterio capaz de indicar al intérprete

⁵⁹ Senza, peraltro, accorgersi di aver introdotto, a livello di formante normativo, una breccia in favore di un *distinguishing* doppiamente 'interno': alla Costituzione e alla nozione di abrogazione.

⁶⁰ Salvo la totale rimozione degli effetti in materia penale di cui al c. 4.

cómo aplicar *efectivamente* las consecuencias de la remoción de la norma inconstitucional.⁶¹ En primer lugar, la circunstancia de que la disposición legislativa remita la inaplicación a la norma y no a la disposición.⁶² En segundo lugar, es evidente que la retroacción de los efectos siempre se ha entendido estrechamente vinculada a los sistemas de justicia constitucional difusos.⁶³

En particular, la interpretación propuesta puede referirse a un argumento histórico-jurídico: uno se refiere al control "difuso" al que se refiere la VII Disp. Trans. Const., un sistema que es el resultado de una «creación jurisprudencial» y a su vez construido por el formante doctrinal.⁶⁴ Antes de la entrada en vigor de la Corte Constitucional, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se producían únicamente en el proceso *a quo*, respecto del cual la cuestión constituía un incidente procesal. En consecuencia, la circunstancia de que, al no ser posible declarar *erga omnes* un cese "inobjetable" de la eficacia de las normas inconstitucionales,

⁶¹ Non diversamente ragiona Medina Guerrero, M., Art. 38, cit., p. 557: la LOTC disciplinerebbe all'art. 38 l'efficacia delle sentenze e agli artt. 39 e 40 le conseguenze della dichiarazione di incostituzionalità.

⁶² Circostanza particolarmente evidente nel caso delle sentenze manipolative, dove «la portata della sentenza della Corte consiste esclusivamente nella cessazione di efficacia delle potenzialità interpretative del testo dichiarato incostituzionale»: Pizzorusso, A., Art. 136, cit., p. 178. In dottrina v. Repetto, G., *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Liber Amicorum*, cit. P. 153 y ss.; Pinardi, R., *Incostituzionalità «sopravvenuta» vs. manipolazione degli effetti temporali: alcune precisazioni terminologiche e concettuali (sent. n. 246/19)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali — Rassegna*, 1/2020, pp. 72 y ss. Per un caso di sentenza manipolativa testuale che mira ad alterare gli effetti temporali dell'accoglimento, infine, v. Corte Costituzionale, sentenza. n. 41/2021, con i commenti di V. Onida, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2021; Pinardi, R., *Costituzionalità "a termine" di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, in *Consulta Online*, I, 2021; Fiano, N., *Una nuova frontiera della modulazione degli effetti nel tempo. Riflessioni a margine della sent. Cost. n. 41 del 2021*, in *Nomos*, n. 1, 2021; Antonuzzo, A., "La cedevolezza degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento in una pronuncia 'caledoscopica' della Corte costituzionale", in *Diritti Comparati*, 2021.

⁶³ Lo que se desprende del trabajo de la Asamblea Constituyente, si acaso, es un intento de limitar los efectos de la decisión al juicio *a quo* introduciendo una mera inaplicación de la ley inconstitucional.

⁶⁴ Cfr. Pierandrei, F., "Ancora sul conflitto fra il Governo-legislatore provvisorio e il potere giudiziario", en *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1964, p. 51. Sobre la aportación doctrinal en la creación del sistema de constitucionalidad bajo la VII Disp. Trans. Const., cfr. Bartole, S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, pp. 28 y ss.

la propia declaración de inconstitucionalidad acababa siendo absorbida en la inaplicación de las normas inconstitucionales.⁶⁵

Sin embargo, la Corte Constitucional rechazó este enfoque. Especialmente relevante fue el contraste que le enfrentó a la Corte de Casación en materia de aplicación directa e indirecta de las disposiciones del proceso penal.⁶⁶ Sin embargo, las razones "políticas" que subyacen a las decisiones de la Corte Constitucional se exponen a un doble orden de objeciones.

La primera se debe a razones "internas". Llamada a pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 30 de la Ley n. 87/1953, la Corte aplicó, en efecto, el "modelo ejemplar" de los efectos temporales *ex tunc*, pero, al mismo tiempo, afirmó que «los problemas que puedan surgir en este orden de ideas son, evidentemente, problemas de interpretación, por lo que deben ser resueltos por los jueces ordinarios, dentro de sus respectivas competencias institucionales».⁶⁷ Una apertura a los jueces ordinarios que devuelve las consecuencias prácticas de la invalidez de la ley al ámbito de la interpretación y no a la dimensión temporal.

La segunda objeción proviene de la aplicación del método comparativo al estudio del derecho interno. Se acaba de decir que la Corte devuelve

⁶⁵ Così Bartole, S., *op. ult. cit.*, p. 32. La inaplicación no implicaba retroactividad alguna: tanto porque en la Asamblea Constituyente l'On. Perassi (a quien debemos, junto con Mortati, la VII Disp. Trans. Const.) argumentó la inaplicabilidad del artículo 136 constitucional en una época anterior a la creación de la Corte; ya sea porque estaba ausente «en el texto constitucional [...] cualquier referencia a un origen incidental de los asuntos»: Costanzo, P., "VII Disp. trans. Const.", en Branca, G. y Pizzorusso, A. (cur.), *Commentario della Costituzione. Disposizioni transitorie e finali della Costituzione*, Bologna-Roma, 1995, pp. 149 y ss.

⁶⁶ El "conflicto" fue testigo de numerosos pronunciamientos (Cass. SS.UU. 17 mayo de 1958, en *Foro it.*, 1958, I, pp. 285 y ss.; Cass., sez. I pen., 28 aprile 1965, *ibidem*, pp. 228 y ss.; Corte Constitucional, sentencia n. 11/1965, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1965, pp. 85 y ss.; Cass., sez. I, 28 aprile 1965, en *Foro it.*, 1965, I, p. 449; Corte Constitucional, sentencia n. 52/1965, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1965, pp. 699 y ss.; Cass. SS.UU. pen., 11 de diciembre de 1965, en *Foro it.*, 1966, II, pp. 531 y ss.) y fue cerrado por la Corte Constitucional, sentencia n. 127/1966, cit. Cfr., entre muchos, Pizzorusso, A., *Coincidenza*, cit., pp. 65 y ss.; Crisafulli, V., *Ancora delle sentenze*, cit., pp. 91 y ss.; Bianchi d'Espinosa, L., *La cessazione di efficacia di norme dichiarate incostituzionali*, en *Riv. dir. proc.*, 1966, pp. 118 y ss.; Liebman, E.T., *Sull'efficacia*, cit., pp. 128 y ss.

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia n. 49/1970, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1970, pp. 555 y ss.

a la "indisponibilidad" de la sentencia constitucional las consecuencias del cese de la eficacia "constitucional" y luego la toma prestada en forma de retroactividad. Este enfoque es común a otros jueces constitucionales, como el *Bundesverfassungsgericht* alemán y el *Tribunal Constitucional* español. Estos últimos están llamados a declarar la inconstitucionalidad y la nulidad de la ley. No obstante, el formante jurisprudencial ha forzado el texto de las disposiciones que regulan el resultado del juicio incidental⁶⁸ de tal manera que permite la declaración de "inconstitucionalidad sin nulidad".⁶⁹ Esta técnica de decisión puede considerarse como el equivalente funcional del artículo 140.7 B-VG austriaco; y el argumento contrario, antes referido, que se deduce de esta última disposición se solapa con los principios deducibles de la jurisprudencia constitucional alemana y española: la norma inconstitucional seguirá aplicándose a todos los casos ocurridos antes de la decisión de la Corte —también al caso, por lo tanto, que ocasionó la sentencia—.

Esta aplicación del método comparado en forma de *problem method* consigue resultados relevantes. En primer lugar, se destacan las similitudes de estrategias entre las Cortes Constitucionales. A diferencia de las sentencias de control o de las sentencias de ilegitimidad constatada pero no

⁶⁸ Respectivamente el artículo 78 BVerGG artículo 39, c. 1, LOTC.

⁶⁹ Per la Germania *cfr.* C. Graf von Pestalozza, "Nochverfassungsmäßige" und "bloß verfassungswidrige" Rechtslagen, in Chr. Starck (a cura di), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, 1976, vol. 1, pp. 519 y ss., pp. 523 y ss.; Ipsen, J., *Nichtigerklärung oder "Verfassungswidrigerklärung"* — Zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollpraxis, in *JZ*, 2/1983, pp. 41 y ss. *Cfr.* altresì Schlaich, K., *Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania*, in *Quaderni Costituzionale*, 1982, p. 574: «la decisione [...] di dichiarare nulla una legge incostituzionale *ex tunc* e *ipso iure* è rigorosa. Le conseguenze sono tuttavia mitigate dalla legge medesima, e anzi quasi capovolte rigorosamente nel senso opposto». La formula che usa il BVerG è «Die Verfassungswidrigkeit von [...] führt nicht zur Nichtigkeit». Per taluni casi di dichiarazione d'incompatibilità senza nullità della legge, v. BVerfG, 1 BvR 385/90 vom 27.10.1999; BVerfG, 2 BvR 834/02 vom 10.2.2004; BVerfG, 1 BvR 774/02 vom 5.4.2005; BVerfG, 1 BvL 3/03 vom 6.12.2005; BVerfG, 1 BvL 10/05 vom 27.5.2008; BVerfG, 1 BvR 3295/07 vom 11.1.2011. Per la Spagna *cfr.* Gómez Montoro, Á.J., *Art. 39*, cit., pp. 595 y ss. D'altra parte, «a esta separación autoriza además el hecho de que la propia Ley orgánica haya disociado en los conflictos positivos de competencias (art. 66) y en los conflictos entre órganos constitucionales (art. 75.2) la declaración del acto o disposición impugnados (que siempre se exige) de su eficacia temporal, permitiendo al Tribunal que decida lo que sea procedente sobre las situaciones creadas a su amparo». Critico rispetto alla possibilità di dichiarare l'incostituzionalità senza nullità è R. Alonso García, *El Tribunal constitucional*, cit., p. 264.

declarada de la Corte Constitucional italiana, por ejemplo, los jueces constitucionales alemanes y españoles consiguen otros objetivos al declarar la inconstitucionalidad sin nulidad. De nuevo, se aprecia otra ruptura del vínculo entre la incidentalidad de la cuestión y la concreción (*sub specie* de los efectos temporales), es decir, al incidente no corresponden necesariamente la producción de efectos *pro praeterito* y *erga omnes*.⁷⁰ Por último, los sistemas italiano, alemán y español que regulan los efectos temporales de las sentencias judiciales están unidos por la profunda incisión provocada por el formante jurisprudencial.

F. La retroactividad como consecuencia del acceso por vía incidental. Consideraciones críticas

El examen del desajuste ("vertical" y "horizontal") al interior del formante normativo aportó nuevos elementos para apoyar la presente investigación. En primer lugar, el hecho de que el cese de la eficacia al que se refiere el apartado 1 del artículo 136 de la Constitución no puede atribuirse al efecto abrogativo —de ahí la imposibilidad de equipararlo a los efectos temporales *pro futuro*—. ⁷¹ Además, se han esgrimido argumentos en apoyo del planteamiento según el cual el artículo 30.3 de la Ley n. 87/1953 indicaría al intérprete la modalidad para hacer *efectivas* las consecuencias de la remoción de la norma inconstitucional.

Conviene ahora preguntarse por la validez de aquellos argumentos por los que la doctrina ha elevado la pérdida de eficacia "constitucional" —en forma de irretroactividad— una regla general de los efectos temporales.

El ordenamiento jurídico italiano ha evolucionado desde un marco normativo originalmente concebido para producir efectos *pro futuro* a otro

⁷⁰ Cfr. Rubio Llorente, F., Jiménez Campo, J., Estudios, cit., pp. 142 y ss., y 163; Álvarez Conde, E., Garrido Mayol, V. y Tur Ausina, R., *Derecho constitucional*, Madrid, 2011, pp. 710 y ss., por lo que la nulidad en virtud del artículo 39.1 de la LOTC sería una consecuencia directa del modelo concentrado kelseniano.

⁷¹ Cfr. Sorrentino, F., *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2019, pp. 74-76.

en el que la dimensión temporal de la invalidez de la ley se extiende *pro praeterito*.⁷² El papel del formante jurisprudencial ha sido evidente: la jurisprudencia constitucional ha racionalizado y sistematizado la construcción doctrinal del "modelo ejemplar". Prueba de ello es la Sentencia n. 49/1970, en la que la Corte propone una fórmula sintética sobre el efecto retroactivo de las decisiones estimatorias. Al consolidar los argumentos interpretativos producidos por sus propios precedentes —entre otros, la sentencia n. 127/1966— y los argumentos textuales que se deducen del texto del artículo 30 de la Ley n. 87/1953—,⁷³ confirmó el carácter "ejemplar" del marco regulatorio.

El debate doctrinal sobre el tema ya ha sido discutido. Hubo quienes consideraron la derivación de los efectos temporales *ex nunc* del artículo 136, apartado 1, de la Constitución, al que se objetó la retroactividad de las decisiones. Luego estaban los que modulaban los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y limitaban la retroactividad sólo al juicio

⁷² Così D'Amico, M., *Giudizio sulle leggi*, cit., pp. 72 y ss. Recientemente, ha habido decisiones que hacen una "remisión al futuro" con la evaluación actual: es el esquema de doble pronunciamiento inaugurado con el c.d. caso Cappato: v. Corte cost. ord. n. 207/2018, seguido de la sentencia n. 242/2019, con comentarios de Grosso, E., *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, en *Quaderni Costituzionale*, 3, 2019 e AA.VV., *Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, en *Forum di Quaderni Costituzionale — Rassegna*, 6/2019; ord. n. 130/2020, seguido de la sentencia n. 151/2021, con notas de Pinardi, R., *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, en *Forum di Quaderni Costituzionale — Rassegna*, 3/2020, pp. 104 y ss., Romboli, R., *Il nuovo tipo di decisione in due tempi e il superamento delle «rime obbligate»: la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?*, en *Foro it.*, V, 2020, pp. 2565 y ss., Deffenu, A. y Betzu, M., *Pena detentiva e diffamazione a mezzo stampa in un'ordinanza di incostituzionalità accertata ma rinviata*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 3/2020, pp. 1471 y ss., Recchia, N., *La previsione della pena detentiva per la diffamazione del giornalista: la Corte costituzionale ripropone la tecnica decisoria del caso Cappato*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 3/2020, pp. 1480 y ss.; ord. n. 97/2021, con nota de Morrone, A., *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo*, en *Consulta Online*, II, 2021, pp. 388 y ss. En la doctrina, más recientemente, v. Roberti, I., *I moniti a termine della Corte costituzionale e le implicazioni sull'attività legislativa del Parlamento*, en *Federalismi.it*, 17, 2021, pp. 175 y ss.

⁷³ «Una norma que expresa, con otras palabras y con referencia específica a la aplicación judicial, el mismo principio más general que se deduce de una lectura correcta del artículo 136 de la Constitución, como se confirma posteriormente al coordinar el artículo 136 con el artículo 1 de la Ley Constitucional n. 1 de 9 de febrero de 1948»: véase Corte Constitucional, n. 49/1979, cit., n. 4 cons. dir.

a quo.⁷⁴ Este resultado se deduce de la imposibilidad de un examen del artículo 136 de la Constitución «desvinculado de todo el contexto de nuestro ordenamiento constitucional»,⁷⁵ ya que habría una *relación necesaria* entre la accesibilidad incidental y la retroactividad.

Los artículos 136 de la Constitución, 1 de la Ley Constitucional n. 1/1948 y 30 de la Ley n. 87/1953 se han convertido así en un cuerpo legal unitario. El *cese de la eficacia* constitucional asumió el significado de "retroactividad" y en el artículo 136 de la Constitución se identificó el rasgo calificador del "modelo ejemplar" de justicia constitucional concentrada, activado a través de «la vía de la prejudicial constitucional».⁷⁶

Aquí radica el primer argumento a favor de la retroactividad: los efectos retroactivos de las decisiones de inconstitucionalidad como consecuencia lógica del proceso incidental. Esta consecuencia lógica genera dos *consecuencias jurídicas*.

El primero permanece en el fondo del debate doctrinal. Se trata de la modalidad de acceso incidental prevista en el artículo 1 de la Ley Constitucional n. 1/1948. También se ha hablado, a este respecto, del carácter "natural" inherente del acceso incidental al sistema italiano de justicia constitucional. Pero esa "naturaleza" no es tan evidente: la única "prueba" debe encontrarse en el artículo 137 de la Constitución —en la enmienda Arata, que remitía a una ley constitucional posterior a la entrada en vigor de la Constitución «las condiciones, formas y términos de la admisibilidad de los juicios sobre legitimidad constitucional»—. ⁷⁷

Hay que destacar que la retroactividad es una *consecuencia jurídica* de su sujeción a control en vía incidental, más que una consecuencia lógica.

⁷⁴ Cfr. Garbagnati, E., *Efficacia nel tempo*, cit., p. 412; Politi, F., *Gli effetti*, cit., pp. 12 y ss.; Parodi, G., *Art. 136*, cit., p. 2649 e *ibidem* nota 4, pp. 2650 y 2653.

⁷⁵ Garbagnati, E., *op. ult. cit.*, p. 412.

⁷⁶ Así, utilizando la expresión del Tribunal Constitucional español: cfr. ATC 69/1983, FJ 1°.

⁷⁷ Sobre la enmienda Arata cfr., Politi, F., *op. cit.*, pp. 43 y ss., y Parodi, G., *op. cit.*, p. 2649 e *ibidem* note 1-3.

La retroactividad de la decisión no se desprende lógicamente del sistema de acceso elegido, sino del mecanismo de suspensión del procedimiento principal establecido en el artículo 23 de la Ley n. 87/1953.⁷⁸ El problema se traslada así al plano de la aplicación: en la construcción del modelo ejemplar, el argumento en favor de la retroactividad puede derivarse del artículo 30.3 de la Ley 87/1953. Se desprende del concepto de "inaplicación", que está vinculado al acceso incidental, a la concreción del control, a la suspensión del juicio *a quo* y a la pertinencia de la cuestión en un caso planteado ante la Corte.

El modelo ejemplar se basa, pues, en el artículo 30 citado anteriormente. Una vez que el artículo 136.1 de la Constitución ha sido elevado a la categoría de parámetro constitucional, es la disposición legislativa la que compromete a la literatura en una actividad interpretativa. No es casualidad que las demandas de inconstitucionalidad del artículo 30.3 de la Ley n. 87/1953⁷⁹ son disueltas por la Corte en las sentencias n. 126/1967 y 49/1970. Además, la Corte interpreta la disposición por medio de sentencias interpretativas de rechazo, con lo que fusiona un modelo "doctrinal" ejemplar y el del formante jurisprudencial.

La segunda *consecuencia jurídica* se refiere a que el artículo 30.3 de la Ley 87/1953 no es inconstitucional, sino que, por el contrario, la disposición legislativa interpretada por el formante doctrinal, primero, y por la jurisprudencia, después, es capaz de generar el modelo ejemplar.

El modelo se construye así a través de una lógica "circular": lo que es una consecuencia (de la regulación legislativa de las actividades consiguientes

⁷⁸ Consideremos el caso de la "prima por captura" en Austria: la sentencia que declara la inconstitucionalidad produce «efectos retroactivos sólo para el caso concreto que dio origen a la acción» (Adamovich, L., *Esperienze della Corte costituzionale della Repubblica austriaca*, en *Riv. it. sc. giur.*, 1954, I, p. 15).

⁷⁹ Se identifican tres tipos de censura. El precepto: a) habría alterado el alcance del artículo 136 de la Constitución y extendido sus limitados efectos *pro praeterito* hacia el futuro; b) habría extendido esos efectos más allá del juicio *a quo*; c) habría supuesto una ampliación irrazonable e indiscriminada del concepto de aplicación: *cfr.* Liebman, E.T.op. cit., p. 129; Mortati, C., *Istituzioni*, II, cit., p. 1415; Modugno, E., *Considerazioni*, cit., p. 15.

al cese de la eficacia de la norma declarada inconstitucional) respecto de una premisa (la declaración de inconstitucionalidad) que se sitúa en el fundamento de la propia premisa. Se introduce así un efecto jurídico de inconstitucionalidad en el ordenamiento que ni el poder constituyente ni la ley de actuación habían regulado: el *cese de la eficacia como consecuencia de la inaplicación de la ley inconstitucional*.⁸⁰

El cese de la eficacia se hace corresponder con los requisitos del sistema incidental. En otras palabras, la inaplicación precisa la voluntad del constituyente⁸¹ y el artículo 30 es el fundamento de la retroactividad, porque «simplemente aclaró, con palabras diferentes, el significado» real del artículo 136 constitucional.⁸²

En definitiva, hay dos ejes del modelo ejemplar. Por un lado, la inaplicación, que se refiere a las consecuencias de la inconstitucionalidad que se aprecian en el juicio *a quo*. Por otro, la declaración de inconstitucionalidad, capaz de explicar los efectos *pro praeterito* gracias a la producción de efectos *erga omnes*.

G. De la retroactividad al "momento de la inaplicación"

En el apartado anterior se han examinado los elementos que se desprenden de la "estática" del marco regulatorio. El planteamiento según el cual el modelo ejemplar genera la retroactividad como consecuencia lógica

⁸⁰ Lo destacó en relación con los efectos temporales de las sentencias estimatorias, Carnelutti, F., *Una pezza*, cit., p. 240: «no es la fórmula de la inaplicación [del art. 30, apartado 3, de la ley nº 87/1953] la que puede aclarar el sentido de la pérdida de eficacia [del art. 136 de la Constitución]; sino que, a la inversa, es esta fórmula la que determina el valor de la misma». Una singular "aparición" del rol del formante doctrinal como resultado de la "relectura" del artículo 136 constitucional realizada a la luz del artículo 30 se encuentra en Delitala, *G.op. cit.*, p. 19: «si la retroactividad se produce [en el juicio *a quo*] debe producirse igualmente en todos los juicios pendientes en el momento del pronunciamiento de la Corte Constitucional [...] por la razón de que la prejudicialidad en este caso se refiere a la misma premisa mayor del silogismo judicial».

⁸¹ Così Mortati, *C.op. cit.*, p. 1416. Contra, però, v. Esposito, *C.op. cit.*, p. 296.

⁸² Garbagnati, *E.op. cit.*, p. 415.

debe examinarse ahora también a la luz de la "dinámica" del mismo esquema.

La *matriz lógica* que fundamenta el modelo ejemplar parece interrumpirse en varios puntos.

En primer lugar, en la duda sobre la compatibilidad entre el derecho positivo y la retroactividad *como consecuencia lógica* del acceso incidental, ya se ha dicho, de hecho, que la raíz del modelo ejemplar descansa en un dispositivo no tanto lógico como jurídico. La comparación, sin embargo, permite destacar la aplicación del marco normativo, como se observa en el caso de Austria,⁸³ Alemania y España. Pero la circunstancia de que este esquema se aplique efectivamente lleva a excluir que el sistema de acceso incidental corresponda a la retroactividad como *consecuencia lógica* de la inconstitucionalidad.

Cada ordenamiento jurídico puede elegir diferentes modalidades de regulación de la dimensión temporal de la invalidez, para dotarse de los más variados dispositivos para ampliar o limitar dicha dimensión. Esto demuestra que el derecho positivo puede dividir la relación necesaria entre el acceso incidental y la retroactividad incluso con respecto al proceso *a quo*. En consecuencia, al situar el sistema de justicia constitucional italiano entre los posibles marcos regulatorios "seleccionables", la retroactividad no es una consecuencia lógica del acceso incidental, sino una *opción jurídica*.

⁸³ Incluso un comparatista como M. Cappelletti, en *op. cit.*, p. 112, llegó a afirmar que «de todo ello se derivaría la consecuencia, perfectamente lógica y coherente en la teoría pero evidentemente absurda e inaceptable en la práctica, de que el pronunciamiento de la Corte Constitucional, no podría tener ningún efecto precisamente en relación con los casos concretos pendientes ante el Oberster GH o el VWgh, en el curso de los cuales se planteó la cuestión de constitucionalidad». A una conclusión no muy diferente llega Caravita, B., *La Corte «Giudice a quo»*, I, cit., pp. 133 y ss. Es más: para los autores austriacos el *Koukriterisierungstheorie* violaría el artículo 13 del CEDH. *Cfr.* Groiss, W., Schantl, G. y Welan M., "Betrachtungen zur Verfassungsgerichtbarkeit (Slg 1973)", en *ÖJZ*, 1976, p. 287; Bauerreis, W., *Antinomie zwischen Art 139/140 und 140a B-VG? Zur Frage der "Konkretisierungstheorie" des Verfassungsgerichtshofes*, ibidem, p. 505.

En segundo lugar, ya se ha mencionado el *cese de la eficacia como consecuencia de la inaplicación de la ley inconstitucional*. En torno al alcance del artículo 30, la Ley n. 87/1953, se cruzan la retroactividad, las actividades consecuentes a la declaración de inconstitucionalidad y el modelo incidental italiano. El modelo ejemplar parece presentar algunos aspectos problemáticos en referencia a estas actividades, especialmente en virtud de la "inaplicación" *como consecuencia* de la retroactividad. De hecho, hay casos en los que se ha utilizado el concepto de inaplicación —*rectius*, inaplicación — de la norma inconstitucional:⁸⁴ no tanto como un instituto «intermedio entre la anulación y la abrogación»,⁸⁵ como con referencia a las actividades que han sido definidas como consecuenciales al juicio de la Corte, consistentes en una evaluación de la continuidad de la aplicabilidad de la norma ilegítima en juicios diferentes a aquel *a quo*.

La aplicación de la norma inconstitucional en juicios "distintos" del principal pone de manifiesto el problema de identificar el *momento* a partir del cual las decisiones estimatorias producen sus efectos. La retroactividad, en efecto, no puede conciliarse con la doble publicación de la sentencia estimatoria: la primera (art. 29, ley n. 87/1953) se efectúa mediante el depósito en la secretaría y sólo surte efecto en el proceso *a quo* tras su transmisión al juez remitente;⁸⁶ la segunda tiene lugar con la publicación en el Diario Oficial y tiene efectos *erga omnes*.⁸⁷ En el medio, se encuentra el "tiempo de inaplicación".

Por el contrario, mantener el modelo ejemplar de retroactividad diferenciaría los momentos de producción de un mismo efecto en el tiempo

⁸⁴ *Cfr.* Cass. SS.UU. n. 5678/1978; Cass. n. 1181/1970; Cass. n. 1688/1975; Const. St., sez. IV, n. 160/1998; Cons. St., sez. V, n. 2111/2007; Cass. SS.UU. n. 28544/2008; Cass., sez. I civ., n. 1573/2009; Cass., sez. I pen., n. 27640/2012.

⁸⁵ Garbagnati, *E.op. cit.*, p. 440.

⁸⁶ En analogía con las disposiciones del artículo 133 c.p.c.: *cfr.* Pace, A., *Annotazione* a Trib. Ferrara, ord. 27 di febbraio di 1965 y Trib. Roma, 4 di marzo di 1965, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1965, pp. 422 y ss.

⁸⁷ Artículo 136, c. 1, Cost. e 30, l. n. 87/1953. En el caso de las leyes regionales y de las leyes de las Provincias Autónomas de Trento y Bolzano, la publicación tiene lugar en el respectivo Bollettino Ufficiale (artículo 30.1 de la Ley n° 87 citada). *Cfr.* también los artículos 3 de la ley n. 389/1984, 21 del Decreto Presidencial n. 1092/1985 y 31 de las Normas Complementarias para los Juicios ante la Corte Constitucional, aprobadas por resolución de 7 de octubre de 2008.

(*pro praeterito*), para la misma categoría de destinatarios (los jueces), en relación con la misma actividad (la aplicación judicial de las leyes) y para las mismas finalidades (la resolución de controversias respecto de las cuales se cuestiona la aplicación de la ley declarada inconstitucional). Con dos consecuencias ulteriores: la introducción de una "prima de captura" sin precedentes a favor únicamente del juez *a quo*; una progresión en la expansión *pro praeterito* de los efectos de la inconstitucionalidad.

La cuestión también se ha abordado en la literatura española, con referencia al doble régimen de publicación (como en el caso italiano) de mantener las decisiones del artículo 38.3 de la LOTC.⁸⁸ Problemática resuelta en el sentido de una incisiva dilatación "progresiva" de los efectos temporales: la obligación de inaplicación de la norma declarada inconstitucional recaería sobre cualquier persona que conociera la decisión en el intervalo entre la presentación en el registro y la publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

La doctrina italiana ha seguido un enfoque similar,⁸⁹ posteriormente, también aplicada por el formante jurisprudencial. La Corte de Casación, Sala de lo Civil I, dictaminó en la sentencia n. 1116/2013 que «los efectos de la sentencia de la Corte [Constitucional] [...] operan, dado el alcance retroactivo de las declaraciones de inconstitucionalidad, también respecto de la hipótesis en la que una de las partes, ejerciendo facultad para derogar incluso antes de la publicación de la sentencia [...] ha interpuesto un recurso ante el juez ordinario».

El "momento de inaplicación" es diferente de la "desaplicación". En los ordenamientos con control de constitucionalidad difuso, en primer lugar, la desaplicación viene a ser el equivalente funcional de la "pérdida de eficacia" como consecuencia de la inconstitucionalidad. En estos ordenamientos, la pérdida de eficacia es un efecto automático e inevitable.

⁸⁸ Cfr. Medina Guerrero, M.op. cit., p. 559.

⁸⁹ Da Zagrebelsky, G. y Marcenò, V.op. cit., p. 349.

Además, la declaración de inconstitucionalidad y la desaplicación son tan contiguas que la segunda es absorbida por la primera.

En apoyo de la distinción entre ilegitimidad-desaplicación e inaplicación como actividad consecucional está el hecho de que los jueces están obligados a aplicar las normas penales favorables a pesar de que hayan sido declaradas constitucionalmente ilegítimas. En este caso, hay incluso una división entre el acceso incidental, la prejudicialidad de la cuestión y la inaplicación en forma retroactiva.

Pero hay más. La "gestión" judicial de la solicitud hace uso «de un esquema lógico diferente» al de la retroactividad, ya que «no se refiere al momento en el que se ha producido el hecho sobre el que se debe juzgar, sino al momento en el que el juez debe pronunciarse y para ello se encuentra con la necesidad de aplicar (hoy) la norma que ha sido declarada constitucionalmente ilegítima».⁹⁰

De este modo, desaparece el elemento de pertinencia de la cuestión como requisito previo a la prejudicialidad constitucional.⁹¹ El método comparado nos permite ver similitudes en las decisiones de "inconstitucionalidad sin nulidad" de los tribunales constitucionales alemanes y españoles. Sin embargo, la inaplicación es una cuestión diferente. En primer lugar, porque siempre se procura el cese de la eficacia y la eliminación de la norma ilegítima del ordenamiento; en segundo lugar, porque la valoración de la continuidad de la aplicabilidad de la norma no atiende a los efectos de la sentencia constitucional estimatoria, sino al momento en que el juez aprecia concretamente su alcance; finalmente, porque el "momento de inaplicación", una vez cortada toda conexión con la relevancia, se propone como un mecanismo que ejecuta la decisión estimatoria.

Es por estas razones que la retroactividad acaba por dar paso al "momento de inaplicación". No sólo eso: la concreción como requisito para la

⁹⁰ Pizzorusso, *A.op. cit.*, p. 69.

⁹¹ *Cfr.* Crisafulli, *V.op. cit.*, p. 385; Cerri, *A.op. cit.*, pp. 180 y ss., 246, 249 y ss.

comparabilidad también adquiere un aspecto diferente. Basta con rescatar la relación entre la incidentalidad-prejudicialidad, por un lado, y las actividades consecuentes a la ilegitimidad constitucional, por otro, y la concreción viene dada por los procedimientos (y las relaciones jurídicas) en los que se valora en *concreto* si se debe o no, en el *momento* en que la decisión comienza a surtir efecto, seguir aplicando la norma inconstitucional.

H. ¿La ilusión de "controlar el tiempo"?

Observaciones finales

En conclusión, se trata de examinar el último perfil utilizado por la doctrina para crear el modelo-marco normativo ejemplar de la retroactividad de las resoluciones estimatorias. Analiza los instrumentos y técnicas para modular los llamados efectos temporales y la limitación "natural" que encontraría la retroactividad en referencia a las relaciones agotadas.

La primera problemática —instrumentos y técnicas de modulación— choca con la ausencia de disposiciones que den a la Corte Constitucional la posibilidad de modular los efectos temporales de sus decisiones.⁹² Este "silencio" ha sido seguido por la Corte a través de un cierto grado de *deference* hacia el legislador, a modo de *self-restraint* opuesta a la asumida por la Corte Suprema de los Estados Unidos desde la mencionada decisión *Harper et al. v. Virginia Department of Taxation*.⁹³

La literatura que ha tratado el tema, además, parece descartar la posibilidad de modular estos efectos.⁹⁴ Y las hipótesis en las que la Corte parece

⁹² Cfr. Ruggeri, A. y Spadaro, A. *op. cit.*, p. 158.

⁹³ Cfr. *supra*, nota 38. V. también Pizzorusso, A., "Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale", en *Effetti, op. cit.*, 93; Onida, V. *op. cit.*, p. 187; Zagrebelsky, G., *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti*, *ibidem*, pp. 199-200.

⁹⁴ Además, «las medidas legislativas especiales destinadas a suspender los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad o a extender los efectos de la ley declarada inconstitucional serían inconstitucionales»: Zagrebelsky, G. y Marcenò, V. *op. cit.*, p. 347.

haber hecho uso de ella han tenido un carácter limitado.⁹⁵ Por último, complica la cuestión el hecho de que en este ámbito se ha desarrollado un agrio conflicto con la Corte de Justicia: frente a la disposición de los Tratados que confiere a esta última la facultad de precisar los efectos del acto anulado que debe tomarse como definitivo,⁹⁶ la Corte Constitucional italiana casi ha cruzado el límite teórico a partir del cual la aplicación de los contralímites transforma la integración en separación coordinada.⁹⁷

Ni el formante normativo, ni el doctrinal han afectado a la retroactividad como *regla general* para la regulación de los efectos temporales. Este resultado es "comparativamente" relevante, dado que en otro ordenamiento jurídico en el que la retroactividad tiene un alcance perturbador —el de Bélgica— también parecen haber existido instrumentos especiales para limitar los efectos temporales de las sentencias de la *Cour constitutionnelle*. En este último caso, si es cierto que «les arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage ont autorité absolue de chose jugée à partir de leur publication au Moniteur belge. L'annulation a, par ailleurs, effet rétroactif, ce qui implique que la norme annulée, ou la partie annulée de la norme, doit être considérée comme n'ayant jamais existé»,⁹⁸ es igualmente cierto que el artículo 8, al. 2, *loi spéciale 6 janvier 1989* permite a la Corte establecer el c.d. *maintien des effets de la norme annulée*.⁹⁹

⁹⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia n. 266/1988, en *Foro it.*, 1988, I, pp. 1432 y ss.; n. 501/1988, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1988, I, pp. 2362 y ss.; n. 50/1989, *ibidem*, 1989, I, pp. 252 y ss.; n. 1/1992, *ibidem*, 1992, pp. 1 y ss.; n. 124/1992, *ibidem*, pp. 1064 y ss.

⁹⁶ El artículo 231(2) del TCE, ahora artículo 264(2) del TFUE. En la literatura v. Waelbroeck, M., *May the Court of Justice Limit the Retrospective Operation of its Judgements?*, 1 *Y.B. Eur. L.*, 1981, pp. 115 y ss.; Wiedmann, A., *Non-Retroactive or Prospective Ruling by the Court of Justice of the European Communities in Preliminary Rulings According to Article 234 EC*, en *Eur. L. E.*, 2006, pp. 197 y ss.

⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia n. 232/1989, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, I, pp. 1001 y ss. Cfr. Butturini, D., *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Napoli, 2009, pp. 65 y ss.

⁹⁸ Così a partire da *arrêt* n. 2/1986. Cfr. Rigaux, M.-F., *L'effet rétroactif des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage et les effets de la norme annulée*, 105, *Journal de tribunaux*, 1986, pp. 589 y ss.; Calamo Specchia, M., *La giustizia costituzionale in Belgio*, in Mezzetti, L. (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, II, Padova, 2011, p. 175.

⁹⁹ Non diversamente, per vero, dispone l'art. 282, c. 4, Cost. portoghese, il quale individua i presupposti in presenza dei quali il *Tribunal constitucional* può limitare gli effetti retroattivi delle decisioni di accoglimento (certezza del diritto, ragionevolezza, ragioni eccezionali di pubblico interesse). Cfr. Gomez Canotilho, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2003, pp. 1013 y ss.

Sea cual sea el ordenamiento, en cualquier caso, todos los intentos —limitados o extensos— de modular los efectos en el pasado realizados por la justicia constitucional descansan sobre una idéntica *ratio*: la «ilusión de la remoción del pasado».¹⁰⁰

El Tribunal Constitucional español es el órgano que más ha articulado esta "ilusión".¹⁰¹ El enfoque de la Corte Suprema estadounidense, en cambio, parece más "realista", donde la limitación de los efectos retroactivos —como *matter of policy*— se examina de acuerdo con el mencionado *test de Chevron*.¹⁰² En los sistemas jurídicos continentales, sin embargo, este "realismo" se diluye necesariamente por el contacto con el criptotipo de la codificación; sin dejar de *a matter of policy*, la modulación de los efectos temporales se transfiere del juez constitucional al legislador, para volver al primero en forma de ley. Nos encontramos, si nos fijamos bien, con un razonamiento cuya circularidad está permitida por la comparación: en los modelos concentrados, los efectos de la norma ilegítima se delimitan recurriendo a los formantes constitutivos del ordenamiento (los dispositivos normativos destinados al *maintien des effets* de la norma ilegítima),¹⁰³ que es el equivalente funcional exacto de la jurisprudencia de la Corte Suprema en el ordenamiento estadounidense.

El ejercicio de las facultades de modulación marca, por tanto, el tiempo de la (*in*) aplicación de la norma declarada ilegítima por los operadores jurídicos, de forma no muy distinta a lo que ocurre cuando se paralizan los efectos retroactivos de las resoluciones estimatorias ante las llamadas "relaciones cuestionadas". No es casualidad que la comparación muestre

¹⁰⁰ Rubio Llorente, F. y Jiimenéz Casado, J. *op. cit.*, p. 127.

¹⁰¹ *Cfr.* Bocanegra Serras, R. *op. cit.*, p. 244; Gómez Montoro, Á., *op. cit.*, p. 583; I. De la Cueva Aleu, *op. cit.*, pp. 58 y ss.; Romboli R., Tarchi, R., *La giustizia costituzionale in Spagna*, in Luther, J., Romboli, R., Tarchi, R. (cur.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, II, Portogallo, Spagna, Belgio, Russia, Polonia, Romania, Ungheria, Torino, 2000, p. 344.

¹⁰² *Cfr. supra*, nota 38. *Cfr.* Friedland, M.L., *Prospective and Retrospective Judicial Lawmaking*, in Univ. Toronto Law Journ., vol. 24, n. 2, 1974, pp. 172 y ss.; Bianchi, P., *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, in Luther, J., Romboli, R. y Tarchi, R. *op. cit.*, pp. 76 y ss.; Tribe, L.H., *op. cit.*, p. 218.

¹⁰³ Como, además, aplazar a un futuro los efectos de la decisión de inconstitucionalidad: *cfr.* Pegoraro, L., *op. cit.*, p. 158.

perfiles de contigüidad entre la "retroactividad" y las "relaciones agotadas". No obstante, no existe superposición entre los niveles del control de constitucionalidad y de las actividades consecuenciales: los derechos cuestionados y las actividades consecuenciales se encuentran en el mismo nivel, y se apreciarán en el momento en que se efectúe *concretamente* el control sobre la duración de la aplicabilidad continua de la norma inconstitucional, sin que ello implique la interrupción de las relaciones entre los resultados del control de constitucionalidad y de aplicabilidad continua de las normas.

Se esboza un último argumento en apoyo de la investigación del modelo ejemplar italiano de regulación de los efectos temporales de la inconstitucionalidad: no es el artículo 136.1 de la Constitución el que genera contradicciones, sino el propio modelo ejemplar que queda «desvinculado de todo el contexto de nuestro ordenamiento constitucional».¹⁰⁴

Se ha argumentado que «no parece haber lugar en el artículo 136 de la Constitución a las exigencias de continuidad y plenitud del ordenamiento, ni siquiera a través de la modulación de los efectos en el tiempo» de las sentencias estimatorias.¹⁰⁵ Esto es cierto, en la medida en que la indisponibilidad de los efectos temporales no está relacionada con la noción de retroactividad. Sin embargo, no puede ser cierto si se pretende excluir la "comunicabilidad" de los resultados del proceso constitucional en el momento de la inaplicación. Tampoco si se pretende excluir una lectura sistemática de las disposiciones constitucionales, capaz de componer de manera sistémica los principios relativos a los efectos de las sentencias estimatorias (deducibles del artículo 136, apartado 1, de la Constitución) con los demás principios (igualdad, razonabilidad, derecho de acción y defensa, legalidad en materia penal, necesidad de continuidad de los órganos constitucionales, etc.).¹⁰⁶

¹⁰⁴ Garbagnati, E., *op. cit.*, p. 412.

¹⁰⁵ Zagrebelsky, G. y Marcenò, V., *op. cit.*, pp. 346-347.

¹⁰⁶ Así, por ejemplo, en la decisión que declara la inconstitucionalidad de las modificaciones introducidas por la Ley n° 270/2005 en la ley electoral, se opone a la inaplicación del principio de

La retroactividad, en conclusión, interpreta la composición sistémica de los principios constitucionales como una "interferencia" en el funcionamiento del marco regulatorio ejemplar.¹⁰⁷ De esta lectura se derivan varios méritos: el sistema italiano de justicia constitucional se reubica en el marco jurídico que está llamado a presidir; se devuelve la coherencia a las relaciones entre los principios constitucionales y la regulación de los efectos de las decisiones estimatorias, por un lado, y entre las actividades consecuentes a la decisión estimatoria y el tiempo de inaplicación, por otro.

La investigación sobre los *efectos en el tiempo* de las decisiones de mantenimiento también reajusta los distintos formantes: el normativo con respecto a sí mismo, que recupera la fractura "vertical";¹⁰⁸ el doctrinal respecto al normativo, y el jurisprudencial respecto a los dos primeros.

La composición sistémica de los principios supremos, los efectos de las decisiones y las instituciones que despliegan unos y otros en el ordenamiento jurídico derivan, pues, de una lectura más lineal de las relaciones entre *law in the books* y *law in action* en el sistema italiano de justicia constitucional.

continuidad del Estado: Corte Constitucional n. 1/2014, n. 7 cons. dir., según el cual «Las elecciones celebradas con arreglo también a las normas electorales declaradas constitucionalmente ilegítimas constituyen [...] con toda evidencia, un hecho concluido, dado que el proceso de composición de las Cámaras se completa con la proclamación de los elegidos. Asimismo, los actos que deben adoptar las Cámaras antes de la celebración de nuevas elecciones no se ven afectados. Lo que importa en este caso es el principio fundamental de la continuidad del Estado, que no es una abstracción y, por lo tanto, se realiza en la práctica a través de la continuidad en particular de sus órganos constitucionales: de todos los órganos constitucionales, empezando por el Parlamento. Por lo tanto, queda fuera de toda duda razonable [...] que ningún impacto es capaz de explicar la presente decisión ni siquiera en lo que se refiere a los actos que las Cámaras adoptarán antes de las nuevas consultas electorales: las Cámaras son órganos constitucionalmente necesarios e indefectibles y no pueden en ningún momento dejar de existir o perder la capacidad de deliberar». Recientemente, véanse las sentencias n. 10/2015 y n. 152/2020 de la Corte Constitucional: para una comparación entre ambas, véase V. Ciaccio, Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del "minimo vitale". Reflexiones desde la sentencia n. 152 de 2020, en la *Revista AIC*, n. 4, 2020.

¹⁰⁷ Zagrebelsky, G. y Marcenò, V., *op. cit.*, p. 351.

¹⁰⁸ *Cfr. supra*, § 3.

28. Tipología de sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de control constitucional en Polonia

Anna Łabno*

Paweł Króliczek**

(Traducción del polaco de Mauro Arturo Rivera)

* Profesora Catedrática en la Facultad de Derecho y Administración de la Universidad de Silesia en Katowice. Entre sus publicaciones destaca la monografía *Iberyjska droga do demokracji: studium prawnokonstytucyjne (El camino Ibérico a la democracia, 1997)*, así como una monografía de tres tomos sobre la solidaridad en el constitucionalismo (2012, 2015 y 2018). Es miembro del Consejo Legislativo del Primer Ministro de la República de Polonia.

** Docente académico y constitucionalista. Se especializa en tópicos concernientes a la jurisdicción constitucional y al derecho constitucional de los Estados Unidos de América. Es autor de diversos reportes expertos y opiniones jurídicas. En 2015 finalizó sus estudios de derecho en la Facultad de Derecho y Administración de la Universidad de Silesia, en Katowice. Actualmente es asistente en dicha facultad y asistente judicial en el Tribunal Constitucional de Polonia.

SUMARIO: A. Cuestiones introductorias. B. Una revisión de la tipología de sentencias del Tribunal Constitucional. C. Sentencias limitadas, interpretativas, aplicativas y de doble negación. I. Sentencias limitadas. II. Sentencias interpretativas. III. Sentencias con fórmula de doble negación. IV. Sentencias aplicativas. D. Sentencias de inconstitucionalidad diferida. I. Análisis del marco del diferimiento de efectos. II. Diferimiento de efectos en control concreto. III. La postura del Tribunal sobre la aplicación del precepto de inconstitucionalidad diferida. E. Bibliografía.

A. Cuestiones introductorias

El Tribunal Constitucional fue establecido por primera vez durante el periodo de la República Popular de Polonia (RPP), como resultado de la reforma a la Constitución de la RPP de 1952. Sin embargo, la institución del control constitucional ya había recibido una consideración sumamente positiva en el llamado periodo de entreguerras.¹ Surgieron entonces propuestas para introducir esta institución a la Constitución de 1921. Este proceso se intensificó durante la Segunda Guerra Mundial y, de no haber ocurrido la subordinación de Polonia a la Unión Soviética, seguramente el control constitucional se hubiese convertido en una institución perteneciente al sistema jurídico polaco.

El Tribunal Constitucional se estableció formalmente en 1982 mediante una reforma constitucional y el Tribunal entró organizacionalmente en

¹ Starzewski, Maciej, "Środki zabezpieczenia prawnego konstytucyjności ustaw - Rzeczpospolita Polska", en Starzewski, M., *Wybór pism*, Cracovia, s.f., pp. 306-307.

funcionamiento en diciembre de 1985, mientras que el 1 de enero de 1986 inició su actividad jurisdiccional. El alcance del control constitucional realizado se encontraba muy limitado, particularmente por el hecho de que, inclusive si el Tribunal Constitucional determinaba la inconstitucionalidad de un acto normativo (o ley), carecía de competencia para determinar su expulsión del sistema jurídico, en tanto para ello era necesario una decisión de la cámara baja (en adelante *Sejm*), que recaía dentro de su esfera de competencia exclusiva.² Aunado a ello, el control sólo podía realizarse respecto de actos normativos dentro de un periodo de cinco años posteriores a su publicación, confirmación o aprobación. En virtud de la primera reforma política llevada a cabo en abril de 1989, el Tribunal Constitucional fue dotado de competencia para establecer la interpretación de las normas de manera general y vinculante.³

Este estatus normativo fue modificado como resultado de la adopción de la Constitución de la República de Polonia de 2 de abril de 1997 y, actualmente, el Tribunal Constitucional funciona con base en el texto fundamental mencionado, así como de dos leyes de 2016, es decir, la Ley sobre el estatuto de los Jueces del Tribunal Constitucional y la Ley sobre la organización y procedimientos ante el Tribunal Constitucional.⁴ El Tribunal Constitucional polaco desempeña las funciones propias de esta institución, entre otras y fundamentalmente, el control constitucional de las normas jurídicas, por lo que hace efectivo así el principio de supremacía constitucional en el sistema de fuentes del derecho en

² Esta situación fue consecuencia de la unidad del poder estatal, típica del constitucionalismo socialista. Bajo esta concepción, se rechazaba la división tripartida de poderes y se otorgaba al *Sejm* primacía en el Estado. La Constitución de entonces dotó al *Sejm* de la facultad de invalidar toda sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional.

³ Esta facultad despertó muchas controversias, sobre todo, en la Corte Suprema y Juzgados ordinarios, en tanto se consideraba que, de esta forma, el Tribunal Constitucional vulneraba la independencia judicial e ingresaba a un ámbito legislativo.

⁴ Polonia. Ley sobre el estatuto de los jueces del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 2016 (Diario Oficial del año 2018, posición 1422); Ley sobre la organización y procedimientos ante el Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 2016 (Diario Oficial del año 2019, posición 2393). Estas normas sustituyeron a la anterior legislación, que se remontaba a 1997, la cual conjuntamente comprendía tanto al estatuto de los jueces como la organización del Tribunal Constitucional y los procedimientos ante éste.

Polonia a que alude el artículo 8, apartado primero, de la Constitución. Conforme al artículo 188 de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene competencia para resolver:

- 1) La conformidad de las leyes y los tratados internacionales con la Constitución.
- 2) La conformidad de una ley con tratados internacionales cuya ratificación requirió consentimiento previo manifestado por ley.
- 3) La conformidad de normas emitidas por los órganos centrales del Estado con la Constitución, los tratados internacionales ratificados y las leyes.
- 4) La conformidad de los propósitos o actividades de los partidos políticos con la Constitución.
- 5) El amparo (*skarga konstytucyjna*).*

El Tribunal realiza un control constitucional de las normas a petición de sujetos legitimados bajo la modalidad de control previo/preventivo o también sucesivo/posterior. Dentro del control posterior se encuentra también la cuestión de inconstitucionalidad, que puede plantear un Juez en un caso determinado (artículo 193). Asimismo, el Tribunal Constitucional resuelve conflictos competenciales, así como se encuentra habilitado a emitir las así llamadas "decisiones de señalización". Estas últimas se dirigen al Sejm y al Senado, así como a otros órganos con competencias normativas y advierten la existencia de un defecto o un vacío en el derecho, cuya corrección es indispensable para asegurar la consistencia del sistema jurídico polaco (artículo 35, apartado 1, de la Ley sobre la organización y procedimientos ante el Tribunal Constitucional).

La Constitución de la República de Polonia de 1997 regula el ejercicio de las funciones del Tribunal Constitucional de manera general. Asimismo,

* El lenguaje original de la Constitución polaca es *skarga konstytucyjna* (literalmente, "queja constitucional" de idéntica redacción al *Verfassungsbeschwerde* alemán). Sin embargo, la institución corresponde, con sus matices, al juicio de amparo creado en México en 1841 y cuya terminología se mantuvo tanto en España como en la América Latina hispanoparlante (simplificadamente, bajo "amparo"), por lo que opto por una traducción no literal. [N. del T].

la normatividad sobre las resoluciones del Tribunal Constitucional es reducida. El artículo 190 de la Constitución regula en forma general cuestiones relacionadas con la fuerza vinculante de las resoluciones, su publicación y el momento a partir del cual surten efectos. La norma fundante no establece una definición de resolución, ni tampoco establece una clasificación de estas resoluciones del Tribunal Constitucional. Debe también tenerse en cuenta que la Constitución es inconsistente en el uso del término "decisión" (*orzeczenie*),* en tanto emplea también el término de "sentencia" (*wyrok*), al disponer que los Juzgados y Tribunales, y por tanto también el Tribunal Constitucional, dictan sentencias (artículo 174). El concepto de sentencia tampoco se encuentra constitucionalmente definido, ni clarificado de otra manera.

La Ley sobre la organización y procedimientos ante el Tribunal Constitucional tampoco adoptó una definición de decisión. En cambio, en la literatura se han apuntalado posibles entendimientos de este concepto, por ejemplo, se ha afirmado que es una actuación del Tribunal Constitucional con imperio, dotada constitucionalmente de los atributos de fuerza vinculante general y definitividad.⁵

El artículo 102 de la Ley sobre la organización y procedimientos ante el Tribunal Constitucional enumera dos tipos de decisiones, a saber, la sentencia y la resolución. En este caso, los preceptos no clarifican su distinción más allá de indicar expresamente el tipo concreto de decisión

* La terminología polaca es sumamente precisa. *Orzeczenie* es un término genérico para una decisión judicial, mientras que *wyrok* (sentencia) y *postanowienie* (resolución) son términos concretos cuya emisión se encuentra regulada por ley para casos específicos. En ambos casos existe firmeza y naturaleza de cosa juzgada de la determinación. Tanto *wyrok* como *postanowienie* son resoluciones de fondo y *postanowienie* no debe confundirse con autos de mero trámite (*zarządzenie*) que, en el derecho polaco, ni siquiera integra la categoría de *orzeczenie*. Puesto que en la parte I y II los autores conscientemente distinguen tales términos (*orzeczenie*, *wyrok* y *postanowienie*), el uso se ha respetado. En las subsecuentes secciones ha sido traducido indistintamente por "sentencia" para facilitar la lectura. [N. del T].

⁵ Véase Czeszejko-Sochacki, Zdzisław, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle powszechnym*, Varsovia, Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, 2003, p. 337; en igual sentido Mączyński acentúa las mismas características. Cfr. Mączyński, Andrzej, "Orzeczenia Trybunału konstytucyjnego", en Zubik, Marek (coord.), *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Varsovia, Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, 2006, pp. 84-88.

(sea sentencia o resolución) que debe emplearse al realizar funciones específicas del Tribunal Constitucional.

De conformidad con el artículo 103 de la Ley sobre la organización y procedimientos ante el Tribunal Constitucional, el Tribunal emite sentencias al resolver los siguientes asuntos:

- 1) La conformidad de las leyes y los tratados internacionales con la Constitución.
- 2) La conformidad de las leyes con tratados internacionales cuya ratificación requirió consentimiento previo manifestado por ley.
- 3) La conformidad de normas emitidas por los órganos centrales del Estado con la Constitución, los tratados internacionales ratificados y las leyes.
- 4) El amparo.
- 5) La conformidad con la Constitución de los propósitos o actividades de los partidos políticos.

Este catálogo es expresamente taxativo, en contraposición a la naturaleza indicativa con que la propia norma dispone la emisión de resoluciones. El artículo 103.2 de la Ley sobre la organización y procedimientos ante el Tribunal Constitucional dispone que el Tribunal emitirá resoluciones al resolver los siguientes procesos:

- 1) Al resolver conflictos competenciales entre los órganos constitucionales centrales del Estado.
- 2) La determinación de la existencia de un impedimento al ejercicio del cargo por el Presidente de la República de Polonia y la determinación de encomendar al Presidente del *Sejm* el ejercicio provisional de las funciones de Presidente de la República.
- 3) En cualquier otro asunto en que la ley así lo disponga o ésta no requiera la emisión de una sentencia.

El artículo 190, apartado 1, de la Constitución establece los efectos jurídicos derivados de una resolución y determina que tienen un carácter

vinculante general y son definitivas e inapelables. Además, de conformidad con el artículo 190, apartado 4, si el Tribunal Constitucional considera que una norma jurídica es inconstitucional, la resolución emitida constituye una causa para la reapertura de procesos ya concluidos de manera definitiva en aquellos casos individuales en cuya resolución haya sido aplicada la norma en cuestión.

Las características anteriormente mencionadas de firmeza y fuerza vinculante general de las resoluciones son aplicables a todos sus tipos. Ni la Constitución ni la ley clarifican el entendimiento de los conceptos anteriores, ni tampoco establecen con detalle sus efectos. La referida característica de firmeza de las resoluciones del Tribunal Constitucional significa que éstas se encuentran revestidas de los atributos de cosa juzgada formal, lo que implica que no pueden ser impugnadas, así como cosa juzgada material, es decir, son definitivas. De igual manera, para determinar de manera comprensiva los efectos de las resoluciones de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional es importante recordar que el sistema polaco de control de constitucionalidad de las normas acepta el principio de la anulabilidad de los efectos de las normas jurídicas. Una resolución del Tribunal Constitucional con efectos *ex nunc* debe indicar estrictamente el momento a partir del cual surte efectos la invalidez.

En la doctrina se ha aceptado que la fuerza vinculante debe entenderse análogamente a la vinculatoriedad de las propias normas. Esto permitió interpretar el término empleado en la Constitución y considera que todas las entidades u órganos que aplican normas jurídicas se encuentran obligados a cumplir con el sentido de las resoluciones y ello, de igual forma, obliga también a los ciudadanos.⁶ Debe resaltarse que sólo la parte dispositiva de la resolución ejerce dichos efectos vinculantes, es decir,

⁶ Véase Czeszejko-Sochacki, Zdzisław, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle powszechnym*, op. cit., pp. 348-349; Mączyński, Andrzej y Podkowiak, Jan, "Uwaga do art. 190", en Safjan, Marek y Bosek, Leszek (coords.), *Konstytucja. Komentarz*, Varsovia, C.H. Beck, Tomo II, 2016, pp. 1190-1191 y la literatura allí citada.

los así llamados puntos resolutivos.⁷ La motivación cumple la función de explicar la decisión tomada. El dotar a las decisiones del Tribunal Constitucional de efectos generales se justifica por el hecho de que, por una parte, éstas tienen efectos *inter partes* en el litigio, pero, en segundo lugar, ante todo afectan la situación jurídica de otros sujetos, especialmente los destinatarios de la norma que fue objeto de control.⁸ Esta cuestión es de importancia fundamental para determinar la naturaleza jurídica de las resoluciones y será analizada más adelante.

En principio, la sentencia surte efectos, es decir, adquiere vinculatoriedad a partir de su publicación en el correspondiente medio en el cual la norma jurídica fue publicada. Esto debería ocurrir inmediatamente. Asimismo, en el caso de las resoluciones que determinen la inconstitucionalidad de una norma, al Tribunal le resulta posible determinar otra fecha a partir de la cual surta efectos la invalidez (artículo 190, apartado 3). Al tratarse de leyes, esta fecha no puede sobrepasar un periodo de 18 meses ni de 12, respecto de otros actos normativos. Además de lo anterior, en el caso de que una resolución implique gastos financieros no previstos en el presupuesto de egresos, el Tribunal Constitucional determinará la fecha de invalidez de la norma previa opinión del Consejo de Ministros.

Una característica particular de las resoluciones del Tribunal Constitucional es su doble naturaleza jurídica. Se encuentran revestidas tanto de las características clásicas de las resoluciones judiciales como de las características de los actos normativos. Desde un plano formal, el carácter judicial de estas resoluciones se manifiesta en la forma y los procedimientos bajo las cuales son emitidas. Por otro lado, la diferencia respecto a las resoluciones judiciales se presenta, ante todo, sobre los efectos de determinar la inconstitucionalidad de una norma jurídica. Tal

⁷ Czeszejko-Sochacki, Zdzisław, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle powszechnym*, op. cit., pp. 348-349.

⁸ Mączyński, Andrzej y Podkowiak, Jan, *Uwaga do art. 190*, op. cit., pp. 1190-1191.

determinación crea un nuevo estado jurídico y representa el resultado de una decisión del Tribunal Constitucional. De esta forma se crea una "nueva realidad normativa" con una serie de consecuencias jurídicas importantes, fundamentalmente, un cambio en el sistema jurídico. Esta perspectiva de los efectos es consecuencia de dotar a las decisiones del Tribunal de los atributos de tener carácter "fuerza vinculante general" y de "surtir efectos a partir del día de su publicación". Debe resaltarse que, en este caso, tenemos efectos de carácter general frente a un número indeterminado de sujetos y no, como en el caso de sentencias de jueces ordinarios, decisiones que afectan sólo a las partes del proceso judicial.

En la Constitución polaca sólo pueden encontrarse resoluciones en las cuales el Tribunal determina la inconstitucionalidad de una norma (resoluciones estimatorias o *negatywne*, en la terminología polaca) y este tipo de decisiones son mencionadas *expressis verbis* en ésta. Por otro lado, las resoluciones desestimatorias (*afirmatywne*, en la terminología polaca) no aparecen formalmente en la Constitución y su existencia es interpretada en contraposición a las resoluciones estimatorias.

Si se resume lo hasta aquí considerado, debe concluirse que la regulación jurídica de las resoluciones del Tribunal Constitucional norma sólo cuestiones fundamentales de la materia y es sumamente general. Esto es aplicable tanto para la regulación adoptada en la Constitución como para lo previsto en la Ley sobre la organización y procedimientos ante el Tribunal Constitucional. Ante todo, debe resaltarse que no se introdujeron diferentes categorías de resoluciones.

Sin embargo, la práctica polaca, al igual que en otros países con análogos sistemas de control constitucional, ha caminado hacia la diversificación de las sentencias en los procesos de control constitucional. Ello se ha facilitado sobre todo por la naturaleza indeterminada de los preceptos constitucionales que delimitan las competencias del Tribunal Constitucional. La generalidad del marco bajo el cual se establece el control constitucional facilita la adopción de interpretaciones diferenciadas para

concretizar su práctica. De este modo, se produce un marco propio bajo el cual el Tribunal ejerce sus competencias y le permite una relativa libertad en su determinación.

Las mencionadas características de la regulación jurídica no son el único factor que le permite al Tribunal Constitucional una actuación amplia en el ámbito a discusión. Vale la pena señalar que la causa fundamental es el aparente incremento de funciones realizadas por los Estados modernos tras la Segunda Guerra Mundial. Hay muchas consecuencias de este proceso, pero vale la pena señalar los cambios en la posición del individuo en el sistema político y el incremento de sus expectativas respecto al Estado, que ha asumido el rol de guardián y sujeto activo en prácticamente todas las esferas de la vida humana. Aunado a ello, son significativos los cambios respecto a las instituciones del Estado y, especialmente la posición del Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional contemporáneo no es ya sólo un legislador negativo. El control constitucional no concierne únicamente a la determinación de la conformidad de una norma en su estructura jerárquica, sino que frecuentemente tiene en cuenta los efectos producidos al ordenamiento jurídico, así como aquéllos que se presentan en los sistemas sociales y políticos.⁹ Ello significa que, en muchos casos, asume en sí mismo un rol de sujeto activo en mayor o menor medida, que cruza a la esfera de la política estatal en diversos ámbitos. En el ámbito del control constitucional esto requiere una correcta configuración de los instrumentos jurídicos que el Tribunal Constitucional tiene a su disposición. La anteriormente mencionada indeterminación del concepto de resoluciones favorece su uso en este rol.

La diversificación de las categorías de resoluciones del Tribunal Constitucional se sigue de las consecuencias prácticas y sistemáticas de los

⁹ Véase Czeszejko-Sochacki, Zdzisław, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle powszechnym*, op. cit., pp. 403-404; Florczak-Wątor, Monika, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, Poznań, Przedsiębiorstwo Wydawnicze Ars Boni/Aequi, 2006, pp. 15 y ss.; Tuleja, Piotr, *Wyroki interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego*, Poznań, Przedsiębiorstwo Wydawnicze Ars Boni/Aequi, 2016, pp. 12, 17, 235-237.

cambios que han ocurrido en las funciones del Tribunal Constitucional y los resultados del control constitucional. De ello se deriva la necesidad de adaptar a estos cambios el instrumento mismo que el Tribunal emplea en su actividad resolutoria. En concreto, nos referimos a las consecuencias prácticas que las decisiones sobre la constitucionalidad de las normas tienen para el sistema jurídico, social y económico del Estado. Tampoco puede pasarse por alto los cambios de carácter sistémico, que se refieren principalmente a la posición de la judicatura y del parlamento y su representatividad frente a la nación.

Las condiciones delineadas para la introducción de la práctica de resoluciones interpretativas del Tribunal Constitucional constituyen un esbozo general de esta importante cuestión. Sin embargo, los presupuestos sustantivos del presente estudio no nos permiten ahondar en ellos de manera más extensa.

B. Una revisión a la tipología de sentencias del Tribunal Constitucional

Durante los primeros años de su actividad jurisdiccional tras la adopción de la Constitución de 1997, el Tribunal Constitucional desarrolló una serie de tipos de sentencias en la que se refirió también a la experiencia de otros países europeos. La actividad del Tribunal Constitucional en este ámbito confirmó que, bajo la base de los preceptos constitucionales vinculantes, así como de la entonces vigente Ley sobre el Tribunal Constitucional de 1997, era posible introducir a la práctica jurisdiccional una mayor variedad de tipos de sentencia. Este estado de cosas se ha preservado inclusive tras la modificación de los preceptos normativos, a los cuales se ha aludido con anterioridad.

La literatura jurídica presenta una gran variedad de tipos de sentencia sobre la base de distintos criterios establecidos. No es el objeto de este estudio el analizar todos ellos y ni siquiera su mayoría. No obstante, vale la pena dedicar nuestra atención a algunos de ellos, especialmente porque es posible ver claras similitudes. Al mismo tiempo, cabe señalar que

nuestro objeto de análisis será únicamente las decisiones de fondo que se refieren al control constitucional de normas jurídicas. Las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional en el marco de sus restantes funciones se encuentran fuera del interés de este análisis. Nos referimos al análisis que el Tribunal efectúa de la constitucionalidad de los propósitos y actividades de los partidos políticos, la resolución de conflictos competenciales entre órganos centrales del Estado, así como la determinación de la existencia de un impedimento al ejercicio del cargo por el Presidente de la República de Polonia y la determinación de encomendar al Presidente del *Sejm* el ejercicio provisional de las funciones de Presidente.

Si se sigue el concepto emergente de la tipología de sentencias del Tribunal Constitucional, puede tomarse como fundamental una división basada en el modo en que dicho control se efectúa. De esta división podemos extraer las decisiones emitidas en procesos de control previo y aquéllas emitidas en procesos de control posterior.¹⁰ Un siguiente criterio de significación fundamental es la categoría en razón del resultado del control efectuado. Ello nos permite extraer las siguientes sentencias:

- 1) Estimatorias o de invalidez (*expressis verbis* mencionadas en el artículo 190, apartado 4).
- 2) Desestimatorias.
- 3) Aquéllas que determinan que no se contraría un precepto constitucional, mismas que se distinguen por el uso de la fórmula de doble negación, es decir "no es contrario".^{11*}

* El derecho constitucional polaco prefiere el uso del término "no conforme con la Constitución" (*nie zgodne z konstytucją*) al término "inconstitucional" (*niekonstytucyjne*), de uso menor. Por tanto, la fórmula de doble negación se da al determinar en el resolutivo "no es no conforme con la Constitución" (*nie jest niezgodny*), lo que es una negación de una negación. Se tradujo el término a "contrario a la Constitución" para emplear una expresión conocida en el ámbito hispanohablante y mantener la sutileza lingüística de no afirmar que "no es inconstitucional". N. del T.

¹⁰ Mączyński, Andrzej y Podkowik, Jan, "Uwaga do art.190", *op. cit.*, p. 1184. El control preventivo sólo puede ser iniciado por el Presidente de la República (artículo 122, apartado 3, de la Constitución de Polonia), mientras que el control sucesivo o posterior puede ser iniciado por sujetos como, por ejemplo, un grupo de 50 diputados, un grupo de 30 senadores, el Presidente del Consejo de Ministros, el Defensor del Pueblo (artículo 191, apartado 1, de la Constitución de Polonia).

¹¹ Mączyński, Andrzej y Podkowik, Jan, "Uwaga do art.190", *op. cit.*, pp. 1184-1185.

Bajo la base del análisis hasta aquí realizado debe notarse que el catálogo presentado se encuentra prácticamente basado de manera estricta en los preceptos constitucionales. Solamente en el tercer caso nos enfrentamos con una nueva formulación que, en el periodo inicial, fue empleada en forma indistinta con la formulación "es conforme".¹² En los años sucesivos se estableció una práctica distinta, de acuerdo con la cual esta fórmula se aplica cuando el Tribunal considera que existe un inadecuado parámetro y objeto de control. Esta asimetría puede también relacionarse con aspectos subjetivos, materiales y temporales.¹³

Debe notarse que, en ambos casos descritos anteriormente, tratamos con clasificaciones de sentencias al nivel más elemental. Puede considerarse que es un punto de partida. Con fundamento en estas consideraciones y particularmente con base en la segunda de las mencionadas tipologías, se han creado sucesivas clasificaciones de sentencias del Tribunal Constitucional.

En la literatura jurídica se ha prestado atención a la significativamente crucial clasificación de las sentencias de J. Trzcíński.¹⁴ En primer lugar, este autor identificó las sentencias de conformidad con la Constitución o de no conformidad con ella como dos tipos fundamentales. Aunado a ello, entre ellas, introdujo las siguientes cinco categorías adicionales de sentencias:

- 1) Sentencias que establecen la conformidad de la norma con la Constitución bajo la condición de una interpretación concreta de ésta (las llamadas sentencias interpretativas o condicionales, desestimatorias).
- 2) Sentencias que establecen la conformidad de la norma en un ámbito delimitado de su aplicación con la Constitución, las llama-

¹² *Ibidem*, p. 1184.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Véase Czeszejko-Sochacki, Zdzisław, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle powszechnym*, op. cit., p. 401; Nowicki, Damian, "Miejsce orzeczeń interpretacyjnych w orzecznictwie TK", en *Państwo i Prawo*, núm. 1, 2012, pp. 49-50.

das sentencias limitadas desestimatorias (*orzeczenie zakresowe afirmatywne*).

- 3) Sentencias que establecen la inconstitucionalidad del precepto bajo la condición de una interpretación concreta de la norma (sentencias interpretativas estimatorias).
- 4) Sentencias que determinan la no conformidad de la norma en un ámbito delimitado de su aplicación, con la Constitución (sentencias limitadas estimatorias).
- 5) Sentencias que determinan que un precepto no es incompatible con la Constitución.

En la opinión de Trzciński, las sentencias interpretativas deben comprender a las sentencias limitadas y, por tanto, deben ser entendidas de una forma amplia. La clasificación presentada ha sufrido algunas modificaciones con el transcurso del tiempo, pero permanece inalterada en lo medular. Muchos autores posteriores se han referido a ella como, por ejemplo, Pietrzykowski. Este autor propuso rechazar el entendimiento amplio de las sentencias interpretativas y excluye de éstas a la categoría de sentencias limitadas. Pietrzykowski consideraba a las sentencias limitadas como distintas de las sentencias interpretativas y, como tal, que conformaban una nueva categoría. Describió a éstas como "legislativas".¹⁵ Es importante notar que tanto Trzciński como Pietrzykowski sostuvieron que las decisiones interpretativas se encontraban cargadas de cierto error. Su punto es que cada sentencia del Tribunal se encuentra precedida por una interpretación normativa y, por tanto, es impreciso distinguirlas. Sin embargo, las sentencias interpretativas, finalmente, se consolidaron como una categoría autónoma en la doctrina polaca del derecho constitucional. Por otro lado, han permanecido algunas dudas sobre los méritos de tal clasificación, aunque fundamentalmente articuladas por especialistas de otras ramas del derecho. Volveremos sobre esta cuestión posteriormente en este estudio. En este momento podemos

¹⁵ Nowicki, Damian, "Miejsce orzeczeń interpretacyjnych w orzecznictwie TK", *op. cit.*, p. 50.

también agregar que se expresó la opinión de que, quizá la causa de las mencionadas dudas terminológicas resultaba un marco conceptual del derecho constitucional no actualizado.¹⁶

Una de las últimas tipologías de sentencias fue presentada por Florczak-Wątor, quien distinguió seis categorías.¹⁷ De tal suerte, identificó las llamadas sentencias de efectos jurídicos simples (también denominadas sencillas o clásicas), interpretativas, limitadas, aplicativas, sentencias de inconstitucionalidad diferida, preventivas,¹⁸ así como también de señalización o de ausencia de inconstitucionalidad.

Llegados a este punto, conviene señalar de manera general las características de las sentencias simples y de señalización, que hasta ahora no habían sido mencionadas en las clasificaciones señaladas. Las sentencias simples se caracterizan por el hecho de que la decisión comprende al precepto como unidad o a la totalidad del acto normativo. Se considera que éstas tienen aplicación cuando el Tribunal Constitucional determina la inconstitucionalidad íntegra del acto legislativo o cuando todas las normas derivadas del precepto en análisis son o no conformes con el parámetro de control. También tienen aplicación cuando, por cuestiones de ambigüedad, no es posible llevar a cabo una reconfiguración de la norma jurídica.¹⁹ Por otro lado, las sentencias de señalización son emitidas en los casos en que el Tribunal realiza las funciones de señalización aludidas en la parte I de este trabajo (referidas en el artículo 35, apartado 1, de la Ley sobre la organización y procedimientos ante el Tribunal Constitucional).

El conjunto de categorías que hemos presentado son, a nuestro juicio, las más extendidas y que han tenido un mayor impacto, tanto en el

¹⁶ *Ibidem*, p. 51 y la literatura allí citada.

¹⁷ Florczak-Wątor, Monika, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, *op. cit.*, pp. 89 y ss.

¹⁸ Las sentencias preventivas, mencionadas por Florczak-Wątor, conciernen a las sentencias emitidas en los procedimientos de control preventivo a los que ya se ha aludido anteriormente.

¹⁹ Mącznyński, Andrzej y Podkowik, Jan, *Uwaga do art. 190*, *op. cit.*, p. 1185.

desarrollo de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional como en la doctrina misma del derecho constitucional en esta área. El análisis de la práctica jurisdiccional del Tribunal nos permite asumir que la tipología de Florczak-Wątor es la más apropiada. Dejaremos fuera de las consideraciones siguientes a las sentencias simples, en tanto éstas no han despertado dudas en la doctrina ni sobre la admisibilidad de su emisión ni sobre sus consecuencias jurídicas. En lo sucesivo, este estudio se centrará en las sentencias limitadas, interpretativas, aplicativas y de inconstitucionalidad diferida).

C. Sentencias limitadas, interpretativas, aplicativas y de doble negación

I. Sentencias limitadas

En la jurisprudencia del Tribunal puede verse claramente que, de manera frecuente, se emplean diversos puntos resolutivos (parte dispositiva) a los empleados en las sentencias simples. Pareciera que la admisibilidad de esta práctica no debería despertar dudas, aunque ni la Constitución ni la ley prevean, *expressis verbis*, esta posibilidad. La amplia mayoría de la doctrina ha aceptado esta práctica y la ha justificado ante la compleja naturaleza del control constitucional.²⁰ Debe concordarse con el Tribunal Constitucional que:

²⁰* A juicio del traductor conforme a este texto, las sentencias limitadas *wyroki zakresowe* no guardan correspondencia con categoría empleada en el ámbito hispanohablante. Éstas representan una categoría *sui generis* polaca que, en nuestro derecho, estaría formada por sentencias de inconstitucionalidad parcial, sentencias de omisión parcial, sentencias aditivas y sentencias de inconstitucionalidad de un precepto por su marco temporal de aplicación. No hay literatura hispanohablante que haya traducido el término. Al inglés ha sido traducido como "limited judgements" por Tomasz Woś, Lech Jamróz y Marcin Mrowicki (con excepción de Mirosław Granat y Katarzyna Granat, que lo traducen como *spatial judgements*). No podría traducirse como sentencias "parciales" porque éstas corresponden a porciones normativas del precepto, mientras que las *wyroki zakresowy* no siempre trabajan, a juicio del traductor a nivel textual. Se ha optado por emplear la terminología "sentencias limitadas" en deferencia a la doctrina polaca. N. del T.

Czeszejko-Sochacki, Zdzisław, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle powszechnym*, op. cit., pp. 405-406.

[...] sería una sobresimplificación el entender las relaciones entre los preceptos cuestionados de una norma y los preceptos constitucionales a la luz del cual son analizados exclusiva y solamente en categorías inequívocas de conformidad o no conformidad con la Constitución. Una norma jurídica puede ser no conforme con la Constitución sólo parcialmente, y, al mismo tiempo, parcialmente (en un ámbito limitado) ser conforme con ella. También puede ocurrir una situación excepcional en la cual sólo ciertas interpretaciones del precepto son contrarias a la Constitución.²¹

El grupo más amplio de sentencias del Tribunal Constitucional que emplean una parte dispositiva o puntos resolutive no simples son las sentencias limitadas (*orzeczenie zakresowe*)* e interpretativas. La primera de ellas se caracteriza por tener puntos resolutive que se encuentran acotados a un sujeto, a un objeto de control específico o a un ámbito concreto.²² Tales sentencias frecuentemente se encuentran acompañadas por fórmulas como "en el ámbito en el que" o "en la porción en la cual". En el caso de la primera de estas formulaciones, los puntos resolutive de la sentencia estimatoria que la contiene no eliminan del sistema jurídico al precepto (o a una parte de éste), sino una norma jurídica emanada de él en el proceso de aplicación de la norma. Por el contrario, al utilizar la segunda de estas fórmulas, el Tribunal emite una resolución que tiene injerencia a nivel textual en el precepto impugnado. Un ejemplo de su aplicación es la sentencia del Tribunal Constitucional en la que se determinó la inconstitucionalidad de un precepto de la ley sobre prestaciones sociales en caso de enfermedad o maternidad en la porción normativa que empleaba la palabra "obligatoriamente".²³ El efecto de esa decisión fue eliminar del precepto esta palabra en particular.

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia de 31 de enero de 2001, expediente P 4/99, OTK 2001, no. 1, posición 5.

²² Pietrzykowski, Krzysztof, "O tak zwanych wyrokach interpretacyjnych Trybunału Konstytucyjnego", en *Przegląd Sądowy*, núm. 3, 2004, p. 16; Kustra, Aleksandra, "Wyroki zakresowe Trybunału Konstytucyjnego", en *Przegląd Sejmowy*, vol. 105, núm. 4, 2011, p. 50; Florczak-Wątor, Monika, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, op. cit., p. 89.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia, 6 de marzo de 2007, expediente P 45/06, OTK ZU de 2007, núm. 3, Serie A, posición 22; a favor, Kustra, Aleksandra, op. cit., pp. 57-58.

En este caso, esta palabra tornaba obligatorio uno de los requisitos para obtener la prestación social en cuestión. Existen casos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en que se utiliza la terminología de forma inconsistente.²⁴

La categoría de *sentencias limitadas* también tiene aplicación respecto a otras sentencias del Tribunal Constitucional. Especialmente, podemos mencionar a las sentencias respecto a la inconstitucionalidad de omisiones legislativas parciales. Al emitir estas sentencias, el Tribunal Constitucional determina que la ausencia de regulación de una cuestión determinada en los preceptos existentes es contraria al parámetro constitucional. El legislador se encuentra entonces obligado a remediar este vacío jurídico. Un sector de la doctrina considera que, en virtud de que estas sentencias tienen efectos jurídicos distintos a la invalidez y expulsión de la norma, no pueden calificar como parte del grupo de sentencias limitadas.²⁵ Consideramos, sin embargo, que este punto de vista no es adecuado. Los puntos resolutivos en este caso pueden también tener un carácter limitado al estar acotados a un grupo específico de sujetos a los cuales, según el Tribunal, deben otorgarse los privilegios reconocidos en favor de otros grupos. Tal acotación es decisiva para determinar la naturaleza limitada de la sentencia del Tribunal Constitucional.

En cuanto a la admisibilidad de la aplicación de sentencias limitadas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, actualmente es dominante el punto de vista que aprueba esta práctica. Esta posición tiene como base un argumento *a maiorem ad minus*. Si el Tribunal Constitucional puede resolver sobre la constitucionalidad de un numeral entero, con mayor razón puede limitar su decisión a una parte del mismo.²⁶ La acep-

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia, 14 de octubre de 2009, expediente Kp 4/09, OTK ZU de 2009, núm. 9, serie A, posición 134. En este caso, a pesar de haber empleado la fórmula "limitado al ámbito", la sentencia tenía un carácter propio de una estimación parcial.

²⁵ Kustra, Aleksandra, *op. cit.*, pp. 60-61 y Florczak-Wątor, Monika, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne, op. cit.*, pp. 103-104.

²⁶ Pietrzykowski, Krzysztof, *op. cit.*, pp. 16-17; Osajda, Konrad, "Koncepcja orzeczenia zakresowego a wątpliwości na tle skutków orzeczeń TK", en Bernatt, Maciej y Królikowski, Jakub *et al.* (coords.),

tación de este punto de vista es esencial para el funcionamiento del sistema jurídico, lo que determina el rol sistémico del Tribunal. Es evidente que, de un solo precepto, puede derivar más de una norma. Dado el rol del Tribunal Constitucional como legislador negativo, su injerencia en el sistema jurídico debería limitarse al mínimo. Esto significa que debería determinar la inconstitucionalidad de una norma excepcionalmente sólo cuando sea necesario. No existe, por ello, la necesidad de expulsar del sistema jurídico un precepto entero si únicamente surgen dudas fundadas sobre una parte del mismo. El principio de estricto derecho, que limita la libertad del Tribunal de determinar el objeto de control, es también una justificación para la aplicación de sentencias limitadas por el Tribunal Constitucional. Por tanto, si de los puntos petitorios y la fundamentación de la impugnación en la demanda de la acción de inconstitucionalidad (o amparo o cuestión de inconstitucionalidad) se desprende que la intención del sujeto es impugnar únicamente una porción de una norma específica, el Tribunal carece de competencia para controlar otras normas jurídicas.

Si el sujeto que inicia el procedimiento limita de esta forma el ámbito de control del Tribunal, estaremos en presencia de las así llamadas "sentencias limitadas obligatorias". Si el Tribunal, por propia iniciativa, emprende esta limitación del ámbito de control, estamos en presencia de las denominadas "sentencias limitadas facultativas". Un sector de la doctrina considera que esta distinción es significativa en relación con los efectos de tales sentencias y, especialmente, para la existencia de cosa juzgada que constituye una causa de improcedencia al analizar los presupuestos procesales. Por tanto, al tratarse de "sentencias limitadas obligatorias" sus efectos no despiertan objeciones. La resolución del Tribunal Constitucional concierne únicamente a la parte o porción normativa impugnada por el accionante y no puede derivarse de ella ningún efecto en lo relativo a otras disposiciones o normas derivadas de ese precepto.

Skutki wyroków Trybunału Konstytucyjnego w sferze stosowania prawa, Varsovia, Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, 2013, pp. 293-294.

Sin embargo, cuando el Tribunal mismo ha determinado que es necesario acotar su fallo a determinada porción, es posible que surjan dudas sobre si esta determinación no se encuentra relacionada con una valoración de las restantes porciones normativas.²⁷ Ha sido argumentado que, en este caso, cuando el Tribunal determina la inconstitucionalidad de una porción normativa tácitamente al mismo tiempo se pronuncia sobre la constitucionalidad de las restantes. Esto imposibilitaría el impugnar las restantes disposiciones derivadas del precepto que ha sido parcialmente controlado.²⁸ Consideramos que este punto de vista no es correcto. Nos parece que, conforme a la Constitución, un precepto pierde la presunción de constitucionalidad sólo cuando el Tribunal Constitucional lo establece expresamente. La pérdida de esta presunción no puede presumirse basándose en los fundamentos de la resolución ni tampoco intentando leer entre líneas los puntos resolutivos. De igual forma, del hecho de que el Tribunal haya resuelto la inconstitucionalidad de una porción o disposición del precepto impugnado, no puede inferirse que haya reconocido la validez del resto de porciones normativas o disposiciones de éstas resultantes. El sobreseimiento de la acción respecto del resto de porciones normativas o disposiciones pudo haber ocurrido por otras causas. Ello ocurre con mucha frecuencia por la propia impericia de los accionantes, por ejemplo, al señalar un incorrecto parámetro de control de la norma.

II. Sentencias interpretativas

Por lo que respecta a las sentencias interpretativas, un sector de la doctrina considera que forman parte de las sentencias limitadas, mientras que otro sector considera justamente lo contrario.²⁹ Ambas categorías consisten en limitar a un ámbito específico la parte dispositiva de las sentencias

²⁷ Kustra, Aleksandra, *op. cit.*, p. 71.

²⁸ Królikowski, Jakub, "Ujemna przesłanka zbędności orzekania w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym", en *Studia Prawnicze*, núm. 4, 2008, pp. 59 y ss.

²⁹ Banaszak, Bogusław, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* 2a edición, Varsovia, C.H. Beck, 2012, pp. 946-947; Trzeciński, J., "Orzeczenia interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego", en *Państwo i Prawo*, núm. 1, 2002, p. 8.

del Tribunal. Consideramos, sin embargo, que ésta es la única similitud. Las sentencias interpretativas se caracterizan por el hecho de que el precepto impugnado es conforme (o no conforme) con la Constitución sólo bajo la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional. El efecto de estas determinaciones es preservar/privar la presunción de constitucionalidad de un contenido normativo específico que no se deriva directamente de la literalidad de la norma en análisis.³⁰ Al declarar que una de las posibles interpretaciones de la norma impugnada no es conforme con los requerimientos de la Constitución, el Tribunal determina de forma vinculante la forma en que otras autoridades del Estado aplicarán la norma que ha permanecido lingüísticamente inalterada por la decisión. En vista de ello, tales decisiones han sido vistas con reservas, principalmente respecto a las dudas ya planteadas frente a una potencial violación a la independencia judicial.³¹ Tales dudas han sido esgrimidas, principalmente, por la Corte Suprema.

Los críticos de esta institución consideran, principalmente, que el establecer una referencia a una interpretación específica del precepto en la parte dispositiva de la sentencia constituye una muestra del intento del Tribunal de recuperar la competencia para determinar la interpretación general de las leyes, competencia de la cual ha sido privado.³² La Corte Suprema consideró en una de sus resoluciones que:

[...] si, de acuerdo con el artículo 239, apartado 3 de la Constitución, las resoluciones del Tribunal Constitucional relativas a la

³⁰ Florczak-Wątor, Monika, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, op. cit., p. 93; Garlicki, Leszek, "Uwagi o charakterze prawnym orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego", en Garlicki, Leszek (coord.), *Studia nad prawem konstytucyjnym dedykowane Profesorowi Kazimierzowi Działosze*, Breslavia, 1997, p. 90.

³¹ Jaskowska, Małgorzata, "Skutki orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego dla procesu stosowania prawa wobec zasady bezpośredniego stosowania konstytucji", en Niżnik-Dobosz, Iwona et al. (coords.), *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa prof. Józefa Filipka*, Cracovia, Editorial Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2001, pp. 281-282; Józefowicz, Adam, "Orzeczenia interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego", *Państwo i Prawo*, núm. 11, 1999, pp. 30-32; Pietrzykowski, K., op. cit., pp. 26—29.

³² Debe notarse que este paso fue resultado del conflicto entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional que pervive hasta hoy. Véase el Boletín de la Comisión Constituyente, Tomo IX, pp. 42-44. Disponible en: «<https://bit.ly/3BEF9p2>» [Consultado el 17 de julio de 2021].

interpretación de las leyes han perdido fuerza vinculante general, en consecuencia, debe considerarse que las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, que tiene el carácter de decisiones que establecen de forma general vinculante la interpretación de las leyes, deben tratarse de idéntica forma a cualquier otra interpretación no vinculante. Por ello, debe considerarse que la interpretación de las normas por el Tribunal Constitucional, bajo la forma de una sentencia interpretativa, carece de carácter vinculante de manera general porque manifiestamente va más allá (...) [de su competencia constitucional]. Por tanto, tampoco vinculan ni a la Corte Suprema ni a otros jueces en tanto, de acuerdo a (...) la Constitución, los jueces sólo están sujetos a la Constitución y a las leyes.³³

No obstante, es posible encontrar en la jurisprudencia de la Corte Suprema una aceptación de la facultad del Tribunal Constitucional de dictar tales sentencias. Ello ocurre, especialmente, cuando en el caso objeto de análisis, la adopción de una interpretación específica facilita la emisión de una sentencia. Sin embargo, esto siempre depende de la libre valoración de la Corte en su respectiva composición. Consideramos —al igual que la mayoría de la doctrina— que la argumentación de la Corte Suprema no es correcta. La primera sentencia interpretativa del Tribunal fue emitida aun durante la vigencia del anterior marco normativo, cuando éste gozaba de la posibilidad de emitir sentencias para definir la interpretación de las leyes.³⁴ Sin embargo, el comparar ambos instrumentos es inapropiado en virtud de sus efectos jurídicos. En el caso de la extinta competencia para determinar la interpretación de las leyes de forma vinculante, el Tribunal cruzó recurrentemente la línea de la función legislativa. En ocasiones estableció formas de entender los preceptos

³³ Decisión de la Corte Suprema de Polonia, 6 de mayo de 2003, expediente I CO 7/03, OSNC 2004, núm. 1, posición 14; a favor: Banaszak, Bogusław, "Wyroki interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego a orzecznictwo sądów administracyjnych i Sądu Najwyższego", en *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego*, Varsovia, vol. 6, núm. 51, 2013, p. 17.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia, 20 de abril de 1993, expediente U 12/93, OTK de 1993, posición 9.

ostensiblemente contrarias a su texto literal.³⁵ En cambio, en el caso de las sentencias interpretativas, el Tribunal no crea *de facto* normas jurídicas, sino sólo emplea métodos de interpretación válidos para determinar si determinados preceptos son conformes con la Constitución.³⁶ Las problemáticas y debilidades de esta argumentación no han tenido repercusiones en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Es particularmente desfavorable que la Corte Suprema aún mantenga la postura de que las sentencias interpretativas no sirven como fundamento para la reapertura de los procesos. La Corte Suprema considera que, si la sentencia interpretativa no tiene por efecto privar al precepto controlado por el Tribunal Constitucional de su fuerza vinculante (al invalidarlo), tal resolución no puede considerarse como causa para el ejercicio de la facultad de reapertura de los procesos, prevista por la Constitución.³⁷ El segundo argumento empleado por los detractores de las sentencias interpretativas es la ausencia de una regulación directa de la facultad del Tribunal para emitir este tipo de decisiones, tanto en la Constitución como en la Ley sobre la organización y procedimientos ante el Tribunal Constitucional. La consecuencia de este punto de vista es considerar a las sentencias interpretativas como un exceso jurisdiccional. La inclusión de una interpretación específica del precepto en los puntos resolutivos se convierte, entonces, en una mera guía interpretativa para los órganos jurisdiccionales en el proceso de aplicación de las normas.³⁸

³⁵ Un ejemplo de ello es la resolución del Tribunal Constitucional de Polonia, 5 de septiembre de 1995, expediente W 1/95, OTK ZU de 1996, posición 43). Allí, el Tribunal determinó que sus sentencias emitidas en procesos de control preventivo no podían ser socavadas por el Sejm. Confróntese notas *supra* 2 y 3.

³⁶ Tuleja, Piotr, "Art. 239. Zasady dotyczące postępowani toczących się przed Trybunałem Konstytucyjnym", en Tuleja, Piotr (coord.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, 2a edición, Varsovia, Wolters Kluwer, 2001, p. 678; Białogłowski, W., "Wznowienie postępowania w następstwie wydania przez TK wyroku interpretacyjnego", en Bernatt, Maciej *et al.*, *Skutki wyroków Trybunału Konstytucyjnego w sferze stosowania prawa*, Varsovia, Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, 2013, p. 197.

³⁷ Criterio vinculante [*Uchwała*] de la Corte Suprema adoptado en conformación de 7 Jueces de 17 de diciembre de 2009, expediente III PZP 2/09, OSNP núm. 9-10/2010, posición 106.

³⁸ Dąbrowski, Marcin, "Spór o wyroki interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego - głos w dyskusji", en *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, vol. 2, núm. 36, 2017, p. 40.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina mantiene la posición de que las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional resultan admisibles. En primer lugar, debe enfatizarse que este instrumento no es una amenaza a la independencia judicial. No cabe duda de que la independencia jurisdiccional consiste en garantizar la independencia de los jueces al realizar una interpretación operativa en casos individuales. De ello se deduce que una injerencia en esta esfera de cualquier órgano debe tener un claro fundamento en la normativa constitucional vigente.³⁹ Los Juzgados inferiores, sin embargo, a menudo olvidan que la independencia judicial no significa la libertad de emitir cualquier resolución. Al desentrañar el sentido de esta regla fundamental para el funcionamiento sistémico de cada Estado democrático, debe hacerse referencia a otros principios constitucionales. Entre ellos, particularmente al principio de seguridad jurídica, la construcción jerárquica del sistema de fuentes del derecho, la competencia exclusiva del Tribunal para evaluar la constitucionalidad de las normas, el sometimiento de los jueces a la Constitución y a las leyes, así como la firmeza de las decisiones del Tribunal Constitucional derivada de la Constitución. Por tanto, la postura de la Corte Suprema que decisivamente niega las sentencias interpretativas vulnera la norma fundamental. Trzeciński señala acertadamente que la necesidad de la emisión de tales sentencias se deriva de la esencia misma de las competencias de los Tribunales Constitucionales. Los Tribunales Constitucionales no son, de hecho, "Juzgados" en el sentido estricto de la palabra. El constituyente polaco decidió reflejar esa distinción al emplear la palabra "tribunal".* La aplicación del derecho que realiza el Tribunal Constitucional debe ser distinta a la aplicación del derecho que realizan

* Los autores evidentemente aluden con este juego de palabras al hecho de que en el poder judicial polaco no existen órganos jurisdiccionales denominados "Tribunal" (*Trybunał*), sino que todos reciben el nombre de juzgados (*sądy*). La única excepción es el Tribunal de Estado (*Trybunał Stanu*) que no pertenece, de hecho, al poder judicial. Por ello, no resulta correcto traducir "Sąd Najwyższy" como "Tribunal Supremo", pues el constituyente polaco expresamente optó por no emplear esa terminología. Lo mismo ocurre para los juzgados ordinarios. N. del T.

³⁹ Véase: Czeszejko-Sochacki, Zdzisław, *op. cit.*, p. 422; Hauser, R., "Konstytucyjna zasada niezawisłości sędziowskiej", en *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego*, núm. 1, vol. 58, 2015, p. 10; Dąbrowski, Marcin, *op. cit.*, p. 41 y la literatura allí citada.

los juzgados. La labor del Tribunal Constitucional es la de confrontar dos normas, es decir, verificar si la norma de jerarquía inferior es conforme a aquélla que tiene primacía. Tomando en consideración que la redacción constitucional no es unívoca, no parece posible el limitar las sentencias del Tribunal Constitucional a simples fórmulas sobre la conformidad de una norma con la Constitución.⁴⁰

Algunas consideraciones prácticas también conllevan a aceptar este uso del Tribunal. Al limitar las sentencias estimatorias únicamente a una interpretación específica del precepto controlado, se protege al sistema jurídico de cambios súbitos e innecesarios. El expulsar un precepto del ordenamiento jurídico por su inconstitucionalidad es y debe ser el último recurso. Vale la pena apuntar también que la Constitución no predetermina qué tipo de sentencias puede emitir el Tribunal Constitucional y, por lo tanto, de ello no puede extraerse una prohibición para emitir sentencias interpretativas. En tanto, como ya se afirmó, las sentencias interpretativas eran ya conocidas en la práctica del Tribunal antes incluso de la adopción de la norma fundamental, la ausencia de una regla sobre ello en la nueva Constitución debe interpretarse en favor del Tribunal Constitucional. Si el constituyente hubiese visto en este fenómeno un peligro para el sistema jurídico (como sí lo vio en el caso de las resoluciones relativas a la interpretación vinculante de las leyes) lo habría señalado claramente. Debe entonces considerarse que no lo hizo para dotar al Tribunal Constitucional de la libertad necesaria para realizar su función.⁴¹

En conclusión, dados los preceptos de la Constitución y los principios aquí enumerados, no hay fundamento para privar a las sentencias interpretativas de firmeza y eficacia en los procesos individuales. Por ello, enfatizamos fuertemente que la postura de la Corte Suprema de que no puede reabrirse el proceso sobre la base de tales sentencias es contraria a la Constitución.

⁴⁰ Trzciński, Janusz, *op. cit.*, p. 10; véase: Czeszejko-Sochacki, Zdzisław, *op. cit.*, p. 416.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 10-11.

III. Sentencias de doble negación

Al margen de las consideraciones aquí realizadas, debemos referirnos a las sentencias que aplican la fórmula de doble negación. Sus puntos resolutivos emplean la siguiente formulación: "El precepto X no es contrario al precepto Y de la Constitución". El Tribunal aplica esta fórmula cuando se enfrenta a un inadecuado parámetro de control señalado por el accionante. Como ha sido mencionado ya, el Tribunal no puede autónomamente construir el parámetro de control. Por tanto, cuando el precepto impugnado por el accionante no tiene injerencia en el ámbito normativo del precepto constitucional señalado por éste, el Tribunal no puede pronunciarse sobre su conformidad general con la Constitución. Los efectos de estas sentencias no se diferencian fundamentalmente de las sentencias desestimatorias del Tribunal. En virtud de la regla de cosa juzgada debe considerarse inadmisibile el someter a la norma a un nuevo proceso de control a la luz del mismo parámetro que ha sido considerado inadecuado. Sin embargo, no hay obstáculo para cuestionar su constitucionalidad a la luz de otros preceptos de la Constitución. Una alternativa a esta posibilidad podría ser el sobreseimiento del proceso en virtud de resultar improcedente para emitir una sentencia. El Tribunal aplica esta causa de improcedencia si un sujeto no legitimado presenta la demanda o si el escrito inicial de demanda carece de fundamentos.

IV. Sentencias aplicativas

Las sentencias aplicativas son otro tipo de sentencias del Tribunal Constitucional, aunque definitivamente son las empleadas con menos frecuencia. Éstas se caracterizan por el hecho de que, aparejadas a la declaratoria de inconstitucionalidad, se incluye en los puntos resolutivos una determinación específica sobre los efectos jurídicos que esta inconstitucionalidad tendrá sobre las situaciones fácticas acontecidas antes de la declaratoria.⁴² Un instrumento de similar diseño es el así

⁴² Florczak-Wątor, Monika, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, op. cit., p. 112.

llamado "privilegio del beneficio" (*przywilej korzyści*) que describiremos en la sección D.II. Las sentencias aplicativas dotan de efectos jurídicos prácticos a todos aquéllos cuya situación jurídica fue creada sobre la base del precepto inconstitucional y no, como en el caso del "privilegio del beneficio", sólo a aquellos sujetos que iniciaron el procedimiento. Debe notarse que el objetivo de dotar a los puntos resolutivos de una cláusula de aplicación es, frecuentemente, proteger al orden público y los intereses económicos del Estado al cerrarle la vía a los interesados para la reapertura de los procesos sobre la base de tales resoluciones. Un ejemplo de este tipo de resolución fue la sentencia del Tribunal Constitucional que determinó la inconstitucionalidad de los preceptos que dotaban a los asesores judiciales de competencias similares a las facultades de los jueces. Al mismo tiempo, en consideración a la seguridad jurídica, el Tribunal Constitucional sostuvo que "las actuaciones de los asesores judiciales, las cuales fueron analizadas [...] en la parte I de esta sentencia, no son susceptibles de reapertura en términos del artículo 190, apartado 4, de la Constitución".⁴³ El Tribunal Constitucional señaló en la fundamentación de la sentencia que "no es posible que el vínculo entre el precepto inconstitucional (como el discutido en este caso) y la resolución judicial justifique la reapertura del proceso en términos del artículo 190, apartado 4, de la Constitución. La inconstitucionalidad del estándar sobre a quién puede delegarse la emisión de una resolución no necesariamente debe prejuzgar sobre la inconstitucionalidad de su contenido ni del proceso llevado a cabo para su emisión. Las finalidades asociadas a la cosa juzgada aconsejan la protección de tales resoluciones."⁴⁴ En otro caso, el Tribunal empleó esta facultad para impedir demandas relativas a la devolución de contribuciones fiscales efectuadas sobre la base de un reglamento del Ministro de Finanzas, a pesar de haber determinado que éste era contrario a la Constitución.⁴⁵

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia, 24 de octubre de 2007, expediente SK 7/06, OTK ZU de 2007, núm. 9, serie A, posición 108.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia, 6 de marzo de 2002, expediente P 7/00, OTK ZU de 2002, núm. 2, posición 13.

El Tribunal hizo referencia a una interpretación específica de los preceptos que regulan su competencia en un intento por justificar esta práctica ampliamente criticada. En una de sus sentencias sostuvo que:

[El Tribunal] por su esencia, está llamado a resolver las dudas sobre sus decisiones. Las sentencias del Tribunal Constitucional, al tener efectos *erga omnes* al tenor del artículo 190, apartado 1 de la Constitución, deben ser formuladas de tal forma que excluyan cualquier duda concerniente a los elementos significativos de su contenido, cuya ausencia podría minar la eficacia de la sentencia del Tribunal Constitucional. Las consideraciones teleológicas son una importante adición a este argumento dogmático. Tanto el establecimiento de límites temporales a los efectos de las sentencias, como el diferimiento del surtimiento de efectos de la invalidez de las normas se encuentran relacionadas con la necesidad de tomar en consideración fines constitucionales que, a veces, se contraponen entre sí.⁴⁶

Esto significa que el Tribunal Constitucional considera que, sobre la base de la Constitución, no sólo se encuentra facultado para efectuar control constitucional en la forma expresamente mencionada por ésta, sino también para definir el marco temporal de los eventuales efectos de la inconstitucionalidad y, sobre todo, a dotar a sus sentencias de efectos retroactivos. A diferencia del caso de las sentencias limitadas e interpretativas, aquí la ausencia de una base formal para emitir este tipo de decisiones es decisiva. Debe recordarse que, al emplear una cláusula aplicativa, el Tribunal priva al sujeto de su derecho constitucional a la reapertura del proceso si su situación jurídica fue creada al amparo de un precepto que ha sido privado ya de la presunción de constitucionalidad. La única salvedad que puede tener impacto en el marco temporal de las sentencias del Tribunal Constitucional respecto a acontecimientos pasados, es la posibilidad de diferir temporalmente el momento en que

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia, 27 de abril de 2004, expediente K 24/03, OTK ZU de 2004 núm. 4, serie A, posición 33.

surten efectos.⁴⁷ Pareciera ser así, que el empleo de las sentencias aplicativas vulnera la Constitución. Debe resaltarse que los Tribunales Constitucionales no son sólo órganos de defensa abstracta del ordenamiento jurídico. La defensa de los derechos y libertades del individuo se ha convertido en una de las funciones contemporáneas principales de estos órganos. Impedir que un individuo haga valer sus derechos frente a los órganos jurisdiccionales es frontalmente contrario a ello. Precisamente por lo anterior, el Tribunal ha abandonado definitivamente la aplicación de este mecanismo.⁴⁸

La crítica de esta práctica era fundada. Los Tribunales Constitucionales no pueden ignorar los efectos de sus decisiones so pretexto de la situación económica del Estado o de la seguridad jurídica de sus ciudadanos. Por ello, sería extremadamente útil que el constituyente estableciera en la Constitución que el Tribunal Constitucional está facultado para modificar los efectos de sus sentencias cuando, en situaciones excepcionales, así lo ameritase en virtud de trascendentes intereses del Estado.⁴⁹ Ello eliminaría las reservas formales expresadas en contra de esta práctica. En la actualidad, en el caso de que la expulsión del precepto impugnado del sistema jurídico pueda conllevar a grandes problemáticas, ocurre que el Tribunal termina declarando su conformidad con la Constitución. A veces ello requiere la aplicación de técnicas interpretativas extremadamente sofisticadas. Éste fue el caso de la liquidación del Fondo Abierto para el Retiro⁵⁰ (OFE) (invalidar estos preceptos hubiese derivado en un colapso del presupuesto estatal) o la creación de centros de

⁴⁷ Trzciniński, Janusz y Hauser, Roman, *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, 2a edición, Varsovia, Wydawnictwo Lexis Nexis, 2010, pp. 111-112.

⁴⁸ Zubik, Marek, "Powolywanie członków Rady Polityki Pieniężnej w świetle zasady kadencyjności oraz działalności organów państwa", en *Przegląd Sejmowy*, núm. 4, vol. 69, 2005, p. 48.

⁴⁹ Florczak-Wator, Monika, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, op. cit., pp. 116-117; Działocha, K., "Wykonywanie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego przez organy powołane do stanowienia prawa", en Budziło, K. (coord.), *Księga XXV-lecia Trybunału Konstytucyjnego. Ewolucja funkcji i zadań Trybunału Konstytucyjnego – założenia i ich praktyczna realizacja*, Varsovia, Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, 2010, p. 70.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia, 4 de noviembre de 2015, expediente K 1/14, OTK ZU de 2015, núm. 10, Serie A, posición 163.

aislamiento forzoso para delincuentes especialmente peligrosos, tras concluir su sentencia⁵¹ (su puesta en libertad hubiese puesto en riesgo la seguridad de los ciudadanos).

D. Sentencias de inconstitucionalidad diferida

I. Análisis del marco del diferimiento de efectos

Un grupo importante de sentencias del Tribunal Constitucional son aquéllas que determinan la no conformidad del precepto impugnado con la Constitución (o con otro parámetro constitucional) pero, al mismo tiempo, difieren en el tiempo el surtimiento de efectos de estas sentencias. El artículo 190, apartado 3, de la Constitución dota al Tribunal de competencia para adoptar este tipo de decisiones.⁵² Como ya ha sido afirmado, el constituyente no determinó ninguna hipótesis que deba orientar al Tribunal al tomar esta decisión o al hacer uso de esta facultad. El constituyente no fue más allá de señalar que, de tratarse de sentencias que conlleven gastos no previstos presupuestariamente, el Tribunal debe recabar la opinión del Consejo de Ministros.⁵³ En la práctica, es posible dividir las circunstancias que conllevan al diferimiento de los efectos de las sentencias en tres grupos principales: 1) la preocupación de los costos económicos de eliminar una norma del sistema jurídico; 2) la necesidad de prevenir un vacío jurídico que pudiera poner en peligro la seguridad jurídica constitucionalmente garantizada y los riesgos

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia, 26 de noviembre de 2016, expediente K 6/14, OTK ZU de 2016, serie A, posición 98.

⁵² Los resolutivos de tal sentencia se dividen, usualmente, en dos puntos. En el primero de ellos, el Tribunal determina que el precepto impugnado es contrario a la Constitución. En el segundo, establece el diferimiento de los efectos de tal inconstitucionalidad. Frecuentemente se redacta de esta forma: "El precepto mencionado en la parte I, perderá su validez tras el transcurso de... meses, a partir del día de publicación de la sentencia en el Diario Oficial de Polonia". A veces, el Tribunal determina una fecha precisa para el surtimiento de efectos, aunque ello ha sido relativamente infrecuente (véase la sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia, 1 de septiembre de 2006, expediente SK 14/05, OTK ZU núm. 8, serie A, posición 97; así como la de 6 de octubre de 2015, expediente SK 19/14, OTK ZU núm. 9, serie A, posición 141).

⁵³ Florczak-Wątor, Monika, "Skutki prawne odroczenia przez Trybunał Konstytucyjny mocy obowiązującej aktu normatywnego", en *Przegląd Sejmowy*, vol. 55, núm. 2, 2003, pp. 50-55.

derivados de ello (i.e. una interpretación arbitraria de la ley, la distorsión de la coherencia sustantiva y lógica de la ley, el contrariar la *ratio legis*); 3) la preocupación ante la existencia de "graves consecuencias prácticas vinculadas a la necesidad de realizar cambios organizativos imprescindibles".⁵⁴

A pesar de que este mecanismo se encuentra previsto directamente en el texto constitucional, su aplicación ha conllevado al surgimiento de múltiples controversias, especialmente en lo concerniente a la ulterior aplicación del precepto impugnado ante el Tribunal Constitucional en procesos individuales ante los órganos jurisdiccionales.⁵⁵ El debate se centra en determinar si resulta válido el escindir el momento en el tiempo en que se priva a la norma de la presunción de constitucionalidad del momento en que se expulsa formalmente del sistema a la norma jurídica y las consecuencias de este hecho. Inicialmente, el Tribunal mantuvo la postura de que, a pesar de que el precepto fue declarado contrario a la Constitución, en tanto no había sido formalmente expulsado del sistema jurídico, éste debía aún aplicarse. En una de sus sentencias, el Tribunal sostuvo que:

El precepto declarado no conforme a la Constitución mantiene su fuerza normativa en tanto no expire el plazo fijado por el Tribunal para ello y, por tanto, debe ser acatado y aplicado por todos sus destinatarios. De hecho, de acuerdo con el artículo 190, apartado 1 de la Constitución, la resolución establecida en el texto de la sentencia del Tribunal Constitucional no sólo es definitiva,

⁵⁴ Banaszak, Boguslaw, "Skutki prawne pod względem czasowym orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w stosunku do aktu prawnego uznanego za niekonstytucyjny", en *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego*, vol. 56, núm. 5, 2014, p. 17 y la jurisprudencia allí citada.

⁵⁵ Radziejewicz, Piotr, "Wzruszenie domniemania konstytucyjności aktu normatywnego przez Trybunał Konstytucyjny", en *Przegląd Sejmowy*, vol. 88, núm. 5, 2008, p. 81; Płowiec, W., "Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego w sprawie wykonywania jego orzeczeń", en Działocha Kazimierz y Jarosz-Żukowska, Sylwia (coords.), *Wykonywanie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w praktyce konstytucyjnej organów państwa*, Varsovia, Wydawnictwo Sejmowe, 2010, p. 47; presentación de 6 de enero de 2003 del Presidente del Tribunal Constitucional Marek Sajfan ante el Comité de Ciencias Jurídicas de la Academia Nacional Polaca de Ciencias. Disponible en: «<https://bit.ly/3eYmDCo>» [Consultado el 14 de julio de 2021].

sino que también tiene fuerza general vinculante. Todos los Juzgados se encuentran sometidos por el ejercicio de esta facultad.⁵⁶

Esta postura fue criticada en virtud de resultar categórica. El Tribunal exige, *de facto*, que se aplique un precepto contrario a la Constitución, lo que conduce al estado de la así llamada inconstitucionalidad derivada. Por ello, la Corte Suprema, en una de sus sentencias, adoptó la tesis de la "estructura dual de las sentencias del Tribunal Constitucional". La Corte Suprema sostuvo que la parte de la resolución en la que el Tribunal Constitucional determina la inconstitucionalidad del precepto impugnado tiene un carácter sustantivo, mientras que aquella que difiere el momento en que surte efectos la invalidez del precepto sólo tiene relevancia formal. La consecuencia de ello es concederle primacía a la primera de ellas. A juicio de la Corte Suprema, desde una perspectiva de los axiomas y axiología de la aplicación judicial del derecho, así como desde un principio de justicia, los órganos jurisdiccionales debían guiarse exclusivamente por la determinación de inconstitucionalidad⁵⁷ y no por el diferimiento de efectos. La Corte Suprema consideraba a este proceder del Tribunal contrario a la Constitución. La Constitución no establece fundamento alguno para hacer diferencias en cuanto a la firmeza de las resoluciones del Tribunal Constitucional.⁵⁸ La doctrina señaló que, en este sentido, podría resultar útil el precepto constitucional que determina que los jueces están únicamente sometidos a la Constitución y las leyes, de lo que pudiera extraerse un deber de omitir al resolver un

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia, 2 de julio de 2003, expediente K 25/01, OTK ZU de 2003, posición 60; a favor: Banaszak, Bogusław, *Skutki prawne pod względem czasowym orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w stosunku do aktu prawnego uznanego za niekonstytucyjny*, *op. cit.*, p. 18; véase también Radzewicz, P., *Wzruszenie domniemania konstytucyjności aktu normatywnego przez Trybunał Konstytucyjny*, *op. cit.*, p. 73.

⁵⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Polonia, 28 de enero de 2007, expediente III PK 96/06; a favor, Wróbel, Andrzej, "Odroczenie przez Trybunał Konstytucyjny utraty mocy obowiązującej przepisu niezgodnego z Konstytucją. Zagadnienia wybrane", en Góral, Jerzy *et al.* (coords.), *Ratio est anima legis. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Janusza Trzczińskiego*, Varsovia, Wydawnictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego, 2007, p. 106.

⁵⁸ Wróbel, Andrzej, *op. cit.*

asunto, un precepto al que el Tribunal Constitucional ha privado ya de su presunción de constitucionalidad.⁵⁹ El Tribunal sostuvo entonces con firmeza que tal precepto no representa una excepción a la firmeza de las decisiones del Tribunal Constitucional en tanto "el sometimiento de los jueces a la Constitución y las leyes es una cuestión situada en un plano distinto al de aquélla regulada en el artículo 190, apartado 1, de la Constitución, a saber, la fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional emitidas al tenor de los preceptos constitucionales relativos".⁶⁰

La práctica judicial ha mostrado la urgente necesidad de flexibilizar la postura del Tribunal Constitucional. El diferimiento del momento en que surte efectos una sentencia que determina la inconstitucionalidad de un precepto normativo no sólo provoca una "prórroga" de dicho precepto, sino también la imposibilidad de ejercer, durante ese periodo, la facultad de solicitar la reapertura del proceso (artículo 190, apartado 4, de la Constitución). Si se toma en consideración que las regulaciones judiciales sólo permiten la reapertura del proceso durante los cinco años posteriores al dictado de la resolución definitiva del caso, el diferimiento del momento en que surte efectos la sentencia del Tribunal puede impedir a los interesados el hacer uso de esta facultad. El riesgo es aún mayor, al tener en cuenta que, desde hace muchos años, se ha incrementado el promedio de la duración de los procesos judiciales en Polonia. En primer lugar, el Tribunal entonces adoptó el principio de no aplicar las sentencias de inconstitucionalidad diferida a casos relativos a la constitucionalidad de preceptos pertenecientes al derecho penal material, al ser éstos de especial relevancia para la situación jurídica del individuo.⁶¹

⁵⁹ Trzciński, Janusz y Hauser, Roman, *op. cit.*, p. 87.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia, julio de 2003, expediente 25/01.

⁶¹ El Tribunal sostuvo que "en un Estado democrático de derecho, es jurídicamente inadmisibile el permitir que sigan surtiendo efectos jurídicos preceptos penales que han perdido la presunción de constitucionalidad. La libertad y derechos de personas que, a la luz de preceptos contrarios al parámetro constitucional, podrían ser sujetos de responsabilidad penal, aconseja su invalidez inmediata"; sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 2008, expediente P 16/08, OTK ZU, núm. 2009, serie A, posición 181.

II. Diferimiento de efectos en control concreto

La controversia más relevante fue la relativa a la aplicación de la inconstitucionalidad diferida a los procesos iniciados mediante amparo o cuestión de constitucionalidad. Por su propia naturaleza, estos procesos se encuentran estrechamente vinculados con un asunto específico, por ejemplo, ante un juzgado. El diferir el momento en que surten efectos estas sentencias conlleva a impedir que se ejercite el beneficio procesal resultante de ello (ejercer la reapertura del proceso —en el caso del amparo— u omitir en la sentencia la aplicación del precepto inconstitucional —en el caso de la cuestión de inconstitucionalidad—). Ello significa que el accionante, para remediar su situación jurídica, debe esperar a que transcurra el plazo fijado por el Tribunal para poder realizar cualquier actuación. En el caso del órgano jurisdiccional que ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad, el diferimiento de efectos conlleva la obligación de suspender el procedimiento. El hecho de que un juez emita una resolución sobre la base de una disposición carente ya de presunción de constitucionalidad resulta inconducente; desde su nacimiento la resolución estaría viciada y, tras el plazo fijado para que surta efectos la inconstitucionalidad diferida, ésta daría lugar a la reapertura del proceso.⁶² Por ello, reaccionando a las críticas de la doctrina,⁶³ el Tribunal ha creado en su jurisprudencia un mecanismo para atemperar estos fenómenos, el privilegio del beneficio. Éste consiste en establecer en los puntos resolutivos o parte considerativa de la sentencia de inconstitucionalidad diferida la disposición ulterior de que el diferimiento de los efectos de la inconstitucionalidad del precepto impugnado no le será aplicable al accionante o al juez que ha planteado la cuestión de incons-

⁶² Radziewicz, Piotr, "Przywilej korzyści jako skutek prawny orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego", en *Przegląd Legislacyjny*, vol. 56, núm. 4, 2006, p. 9; Trzciński, Janusz, "O tak zwanym Przywileju korzyści w orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego", en Buczkowski, Jerzy *et al.* (coords.), *Studia z prawa konstytucyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wiesławowi Skrzydle*, Przemysław/Rzeszów, Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Przemyślu, 2009, pp. 368-374.

⁶³ Véase Czeszejko-Sochacki, Zdzisław, *op. cit.*, p. 437.

titudinalidad. Esta reserva sólo resulta aplicable a los sujetos que iniciaron el proceso que ulteriormente obligó al Tribunal Constitucional a emitir la sentencia de inconstitucionalidad diferida. Ésta era una especie de recompensa a la actividad del sujeto cuya actuación conllevó a eliminar un precepto inconstitucional del sistema jurídico. El Tribunal justificó esta práctica por la especificidad del control concreto. Las sentencias emitidas en esta modalidad de control, además de los efectos generales, deberían también, de hecho, terminar resolviendo el proceso concreto que inició el control mismo.⁶⁴

Debe notarse que, al incluir esta disposición en los puntos resolutivos de la sentencia (lo que ocurrió más frecuentemente en el caso del amparo), el Tribunal la convirtió en un elemento fundamental de la decisión. Por tanto, esta determinación tiene fuerza general vinculante, lo que da lugar al nacimiento de la obligación de respetarla por parte de todos los órganos que aplican el derecho, ante todo, los juzgados.⁶⁵ Además de las tradicionales objeciones relativas a la independencia judicial, también ha existido recelo sobre si resulta formalmente admisible el inscribir este tipo de indicaciones adicionales en la sentencia. Debe recordarse que ni la ley ni la Constitución hacen alusión a esta facultad. El legislador estableció claramente que los elementos de las sentencias del Tribunal Constitucional son, a saber: 1) la parte técnico-organizativa (la composición del Tribunal, la fecha, la determinación de las partes del proceso); 2) la determinación del objeto del proceso (las normas impugnadas y los argumentos esgrimidos contra ellas), y 3) la parte sustantiva que incluye el análisis constitucional de la norma impugnada y, en su caso, la eventual inclusión de una cláusula sobre el diferimiento de efectos.⁶⁶ Otro argumento enderezado contra esta figura resultaba la ya anteriormente

⁶⁴ Florczak-Wątor, Monika, "Przywilej korzyści w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego", en *Przegląd Sejmowy*, vol. 113, núm. 6, 2012, p. 31; Hauser, Roman y Trzeciński, Janusz, *op. cit.*, p. 135.

⁶⁵ Florczak-Wątor, Monika, "Przywilej korzyści w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego", *op. cit.*, p. 35.

⁶⁶ Radziejewicz, Piotr, "Przywilej korzyści jako skutek prawny orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego", *op. cit.*, p. 21.

mencionada eliminación de la facultad del Tribunal Constitucional de establecer la interpretación vinculante de las leyes.⁶⁷

El mecanismo del "privilegio del beneficio" es, indudablemente, un ejemplo de activismo judicial que puede despertar objeciones, especialmente hoy en día. Sin embargo, permitió conciliar dos intereses contrapuestos entre sí: por un lado, el interés del Estado reflejado en el diferimiento de la expulsión de la norma del sistema jurídico y, por el otro, el interés del individuo que promovió el proceso que llevó a esa determinación. Sin embargo, a la luz de las muchas voces críticas, el Tribunal abandonó esta institución, utilizándola por última vez en el 2008 en un amparo,⁶⁸ así como en 2010 en una cuestión de constitucionalidad.⁶⁹ En la última década, definitivamente el Tribunal ha limitado el uso de la inconstitucionalidad diferida en los procesos de amparo y las cuestiones de inconstitucionalidad. En este periodo emitió 24 sentencias de este tipo, 9 de ellas como resultado de resolver amparos y 15 al resolver cuestiones de constitucionalidad.

III. La postura del Tribunal sobre la aplicación del precepto de inconstitucionalidad diferida

En los años consecutivos el Tribunal adoptó una postura que otorga considerablemente mayor libertad a los jueces al momento de decidir sobre la aplicación de un precepto al que se ha privado de la presunción de constitucionalidad. Así, ha determinado que la obligación de aplicar el precepto que permanece aún en el sistema jurídico no puede socavar el hecho de que éste es contrario a la Constitución. Por ello, refirió que, en tanto los jueces están vinculados en igual medida por el diferimiento de los efectos de la invalidez del precepto que por la determinación de su inconstitucionalidad, deben emplear al aplicarlo una interpretación

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 21-24.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia, 26 de mayo de 2008, expediente SK 25/07.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia, 23 de febrero de 2010, expediente P 20/09.

tal que la situación jurídica resultante de ello sea conforme al parámetro constitucional.⁷⁰ Esta solución parece correcta, a pesar de la crítica de quienes afirman que, a pesar de que el precepto ha perdido la presunción de constitucionalidad, conserva fuerza normativa previo a la expiración del plazo fijado por el Tribunal,⁷¹ por lo que existe la obligación de aplicarlo sin matices. La solución comentada no pone en riesgo la posición sistémica del Tribunal Constitucional como único órgano facultado para efectuar control constitucional de las leyes y respeta plenamente el principio de la independencia judicial al conferirle a los jueces la facultad de adaptar el régimen jurídico a las realidades de los casos que resuelven. Esta postura ha sido aceptada en la jurisprudencia, especialmente de la jurisdicción administrativa. La jurisdicción administrativa ha señalado la necesidad de decidir sobre los efectos de la inconstitucionalidad diferida *in concerto*.⁷² Los juzgados administrativos tienen una mayor flexibilidad en este ámbito, principalmente por las facultades que les han sido conferidas, relativas al control de actos normativos emitidos por órganos de gobierno local que no corresponden, en principio, al conocimiento del Tribunal Constitucional. La Corte Suprema es mucho más cuidadosa en este sentido, aunque inconsecuente. La gran mayoría de sus sentencias expresan posturas arcaicas y categóricas que imposibilitan realizar una interpretación del precepto pro-constitución o inaplicarlo. En los últimos años, la Corte Suprema ha permitido tres excepciones a esta regla: 1) si la sentencia del Tribunal Constitucional concierne a un precepto de una norma de rango inferior a una ley formal (un reglamento,

⁷⁰ Gonera, Katarzyna y Łętowska, Ewa "Artykuł 190 Konstytucji i jego skutki prawne", en *Państwo i Prawo*, núm. 9, 2003, p. 5; Florczak-Wątor, M., "Względny czy bezwzględny obowiązek stosowania niekonstytucyjnej normy prawnej w okresie odroczenia?", en Bernatt, Maciej *et al.* (coords.), *Skutki wyroków Trybunału Konstytucyjnego w sferze stosowania prawa*, Varsovia, Editorial Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, 2013, p. 117; Wiącek, Maciej, "Dialog między sądami administracyjnymi a Trybunałem Konstytucyjnym", en *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego*, vol. 94-95, núm. 1-2, 2021, p. 238.

⁷¹ Radziewicz, Piotr, "Wzruszenie domniemania konstytucyjności aktu normatywnego przez Trybunał Konstytucyjny", *op. cit.*, p. 86.

⁷² Sentencia de la Corte Suprema Administrativa de Polonia, 2 de julio de 2015, expediente II FSK 1271/15; Sentencia del Juzgado Administrativo Regional de Lublin de 3 de marzo de 2020, expediente II SA/Lu 747/19; Sentencia del Juzgado Administrativo Regional de Varsovia de 4 de enero de 2017, expediente VIII SA/Wa 373/16.

por ejemplo) en tanto, de acuerdo a la Constitución, los jueces están sometidos a la Constitución y las leyes; 2) "el beneficio del privilegio" concedido a una de las partes es una excepción justificada a la regla, aunque esto se considera una decisión autónoma que corresponde a la Corte Suprema y no una obligación impuesta por el Tribunal Constitucional; 3) cuando tras la emisión de una sentencia del Tribunal Constitucional ocurrió un cambio de circunstancias que justifica la emisión de una resolución distinta a la aplicación del precepto objeto de la inconstitucionalidad diferida establecida por el Tribunal o, bien, si existen argumentos importantes de naturaleza constitucional que justifican emitir una resolución distinta, siempre que éstos no hubiesen sido considerados por el Tribunal Constitucional al resolver el diferimiento de los efectos de la inconstitucionalidad.⁷³

E. Bibliografía

Banaszak, Bogusław, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, 2a edición, Varsovia, C.H. Beck, 2012.

Banaszak, Bogusław, "Skutki prawne pod względem czasowym orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w stosunku do aktu prawnego uznanego za niekonstytucyjny", en *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego*, vol. 56, núm. 5, 2014.

_____, "Wyroki interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego a orzecznictwo sądów administracyjnych i Sądu Najwyższego", en *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego*, Varsovia, vol. 6, núm. 51, 2013.

Białogłowski, Wojciech, "Wznowienie postępowania w następstwie wydania przez TK wyroku interpretacyjnego", en Bernatt, Maciej *et*

⁷³ Resolución de la Corte Suprema de Polonia, 14 de junio de 2019, expediente III CZP 5/19; Sentencia de la Corte Suprema de Polonia, 9 de febrero de 2018, expediente I CSK 390/17.

al., *Skutki wyroków Trybunału Konstytucyjnego w sferze stosowania prawa*, Varsovia, Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, 2013.

Czeszejko-Sochacki, Zdzisław, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle powszechnym*, Varsovia, Editorial Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, 2003.

Dąbrowski, Marcin, "Spór o wyroki interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego - głos w dyskusji", en *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, vol. 2, núm. 36, 2017.

Działocha, Kazimierz, "Wykonywanie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego przez organy powołane do stanowienia prawa", en Budziło, Krzysztof (coord.), *Księga XXV-lecia Trybunału Konstytucyjnego. Ewolucja funkcji i zadań Trybunału Konstytucyjnego – założenia i ich praktyczna realizacja*, Varsovia, Editorial Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, 2010.

Florczak-Wątor, Monika, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, Poznan/Przedsiębiorstwo Wydawnicze Ars Boni/Aequi, 2006.

_____, "Przywilej korzyści w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego", en *Przegląd Sejmowy*, vol. 113, núm. 6, 2012.

_____, "Skutki prawne odroczenia przez Trybunał Konstytucyjny mocy obowiązującej aktu normatywnego", *Przegląd Sejmowy*, vol. 55, núm. 2, 2003, pp. 50-55.

_____, "Względny czy bezwzględny obowiązek stosowania niekonstytucyjnej normy prawnej w okresie odroczenia?", en Bernatt, Maciej *et al.*, (coords.), *Skutki wyroków Trybunału Konstytucyjnego w sferze stosowania prawa*, Varsovia, Editorial Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, 2013.

- Garlicki, Leszek, "Uwagi o charakterze prawnym orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego", en Garlicki, Leszek, *Studia nad prawem konstytucyjnym dedykowane Profesorowi Kazimierzowi Działosze*, Breslavia, 1997.
- Gonera, Katarzyna y Łętowska, Ewa, "Artykuł 190 Konstytucji i jego skutki prawne", en *Państwo i Prawo*, núm. 9, 2003.
- Hauser, Roman, "Konstytucyjna zasada niezawisłości sędziowskiej", *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego*, núm. 1, vol. 58, 2015.
- Jaśkowska, Małgorzata, "Skutki orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego dla procesu stosowania prawa wobec zasady bezpośredniego stosowania konstytucji", en Niżnik-Dobosz, Iwona *et al.* (coords.), *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa prof. Józefa Filipka*, Cracovia, Editorial Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2001.
- Józefowicz, Adam, "Orzeczenia interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego", en *Państwo i Prawo*, núm. 11, 1999.
- Królikowski, Jakub, "Ujemna przesłanka zbędności orzekania w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym", en *Studia Prawnicze*, núm. 4, 2008.
- Kustra, Aleksandra, "Wyroki zakresowe Trybunału Konstytucyjnego", en *Przegląd Sejmowy*, vol. 105, núm. 4, 2011.
- Mączyński, Andrzej, "Orzeczenia Trybunału konstytucyjnego", en Zubik, Marek (coord.), *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Varsovia, Editorial Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, 2006.

Mączyński, Andrzej y Podkowik, Jan, "Uwaga do art. 190", en Safjan, Marek y Bosek, Leszek (coords.) *Konstytucja. Komentarz*, Varsovia, C.H. Beck, Tomo II, 2016.

Nowicki, Damian, "Miejsce orzeczeń interpretacyjnych w orzecznictwie TK", en *Państwo i Prawo*, no. 1, 2012.

Osajda, Konrad, "Koncepcja orzeczenia zakresowego a wątpliwości na tle skutków orzeczeń TK", en Bernatt, Maciej y Królikowski, Jakub *et al.* (coords.), *Skutki wyroków Trybunału Konstytucyjnego w sferze stosowania prawa*, Varsovia, Editorial Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, 2013.

Pietrzykowski, Krzysztof, "O tak zwanych wyrokach interpretacyjnych Trybunału Konstytucyjnego", en *Przegląd Sądowy*, núm. 3, 2004.

Płowiec, Witold, "Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego w sprawie wykonywania jego orzeczeń", en Działocha, Kazimierz y Jarosz-Żukowska, Sylwia (coords.), *Wykonywanie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w praktyce konstytucyjnej organów państwa*, Varsovia, Editorial Wydawnictwo Sejmowe, 2010.

Radzewicz, Piotr, "Przywilej korzyści jako skutek prawny orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego", en *Przegląd Legislacyjny*, vol. 56, núm. 4, 2006.

_____, "Wzruszenie domniemania konstytucyjności aktu normatywnego przez Trybunał Konstytucyjny", en *Przegląd Sejmowy*, vol. 88, núm. 5, 2008.

Starzewski, Maciej, "Środki zabezpieczenia prawnego konstytucyjności ustaw - Rzeczpospolita Polska", en Starzewski, M., *Wybór pism*, Cracovia.

Trzciński, Janusz, "O tak zwanym 'Przywileju korzyści w orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego", en Buczkowski, Jerzy *et al.* (coords.), *Studia z prawa konstytucyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wiesławowi Skrzydle*, Przemysł/Rzeszów, Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Przemysłu, 2009.

_____, "Orzeczenia interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego", en *Państwo i Prawo*, núm. 1, 2002.

Trzciński, Janusz y Hauser, Roman, *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, 2a edición, Varsovia, Editorial Wydawnictwo Lexis Nexis, 2010, pp. 111-112.

Tuleja, Piotr, "Art. 239. Zasady dotyczące postępowań toczących się przed Trybunałem Konstytucyjnym", en Tuleja, Piotr (coord.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz* 2a edición, Varsovia, Wolters Kluwer, 2001.

Tuleja, Piotr, *Wyroki interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego*, Poznan, Przedsiębiorstwo Wydawnicze Ars Boni/Aequi, 2016.

Wiącek, Marcin, "Dialog między sądami administracyjnymi a Trybunałem Konstytucyjnym", en *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego*, vol. 94-95, núm. 1-2, 2021.

Wróbel, Andrzej, "Odroczenie przez Trybunał Konstytucyjny utraty mocy obowiązującej przepisu niezgodnego z Konstytucją. Zagadnienia wybrane", en Góral, Jerzy *et al.* (coords.), *Ratio est anima legis. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Janusza Trzcińskiego*, Varsovia, Wydawnictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego, 2007.

Zubik, Marek, "Powoływanie członków Rady Polityki Pieniężnej w świetle zasady kadencyjności oraz działalności organów państwa", en *Przegląd Sejmowy*, núm. 4, vol. 69, 2005.

29. Las sentencias del Tribunal Supremo Federal de Suiza

Héctor López Bofill*

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Pompeu Frabra (Barcelona).

SUMARIO: A. Introducción: características básicas del sistema de control judicial de constitucionalidad de la Ley en la Confederación Helvética. B. Pleno control de constitucionalidad: decisiones de inconstitucionalidad, nulidad e inaplicación. I. Resoluciones relativas a conflictos de competencia entre Confederación y Cantones o entre Cantones. II. Decisiones de constitucionalidad sobre legislación cantonal. III. Control de constituciones cantonales bajo el parámetro de la Constitución Federal. IV. Principio democrático y control de constitucionalidad de las leyes en Suiza. C. Sentencias interpretativas. Interpretación constitucionalmente conforme. D. Sentencias aditivas. E. Sentencias apelativas. F. Control de convencionalidad. G. Conclusiones. H. Bibliografía.

A. Introducción: características básicas del sistema de control judicial de constitucionalidad de la Ley en la Confederación Helvética

La principal característica del control judicial de constitucionalidad de la ley en la Confederación Helvética, ciertamente singular en el panorama de derecho comparado, es que está exenta del mismo la legislación federal (así como el derecho internacional y las constituciones cantonales). Se trata de la llamada "cláusula de inmunidad" que se infiere del vigente artículo 190 de la Constitución Federal Suiza de 1999, por el que el Tribunal Supremo Federal y el resto de autoridades judiciales deben aplicar el derecho federal y el derecho internacional.¹ Dicho mandato

¹ Sobre esta característica del ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes federales en Suiza, véase Auer, Andreas, *Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit*, Basilea/Frankfurt del Meno, Helbing & Lichtenhahn, 1984, pp. 61 y siguientes; Haller, Walter, "Das schweizerische Bundesgericht als Verfassungsgericht", en Starck, Christian y Albrecht, Weber (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Baden-Baden, Nomos, vol. I, 1986, p. 189; Hertig Randall, Maya, "L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives", en *Revue de Droit Suisse*,

implica que las leyes aprobadas por la Asamblea Federal, cuentan con el respaldo, explícito o tácito, del pueblo suizo, y deben ser aplicadas incluso en el caso de que se encuentren en conflicto con la Constitución Federal.

El rechazo al control de constitucionalidad de las leyes federales cuenta con una larga tradición en la evolución del derecho público suizo y, pese a que ha sido frecuentemente criticado por sectores de la doctrina jurídica y su revisión ha sido propuesta en múltiples ocasiones,² el sistema se encuentra afianzado desde la Constitución Federal de 1874 y la Ley de la Jurisdicción Federal del mismo año y no ha sufrido variaciones ni siquiera en ocasión de la reforma constitucional total que se experimentó en 1999 (aunque en este proceso se registraron distintas iniciativas para derogar la aludida "cláusula de inmunidad").³

La actividad del legislador federal en la segunda mitad del siglo XIX era escasa y no se consideraba que su acción estuviese en condiciones de

n. 129 (2), 2010, pp. 237-242 ; López Bofill, Héctor, *Las decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Valencia, Tirant/IVAP, 2004, pp. 123-137; Mahon, Pascal, "Judicial Federalism and Constitutional Review in the Swiss Judiciary", en Ladner, Andreas; Soguel, Nils y Emery, Yves (eds.), *Swiss Public Administration: Making the State Work Successfully*, Cham, Palgrave MacMillan/IIAS, 2019, pp. 150-153; Schubarth, Martin, "Bundesgericht", en Thürer, Daniel; Aubert, Jean-François y Müller, Jörg Paul (eds.), *Droit constitutionnel suisse*, Zürich, Schulthess, 2001, pp. 1071-1082.

² Dos mociones para limitar la "cláusula de inmunidad" fueron presentadas en 1923 y 1924, así como una iniciativa popular en 1939, pero todas estas propuestas fueron rechazadas por la mayoría parlamentaria. El intento de instaurar el control judicial de constitucionalidad de las leyes federales en 1939 tenía como trasfondo la victoria, en 1935, del Partido Socialista por primera vez en unas elecciones federales y distintos sectores conservadores y liberales que temieron la adopción de medidas legislativas radicales que alterasen el orden constitucional (véase Auer, *op. cit.*, pp. 66-70). El Consejo Federal propuso la reducción parcial de la exención del control de constitucionalidad de las leyes federales en 2002 en aquello que afectaba al sistema de financiación cantonal y al sistema de distribución de competencias entre los Cantones y la Federación, pero tampoco prosperó. En la segunda década del siglo veintiuno, dos iniciativas parlamentarias más plantearon la derogación del artículo 190 de la Constitución Federal sin éxito. Véase Mahon, "Judicial Federalism...", *op. cit.*, p. 151.

³ Sobre la revisión constitucional total de 1999 véase Fleiner, Thomas, "Constitutional revision: The case of Switzerland", en Contiades, Xenophon (ed.) *Engineering Constitutional Change. A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, Londres y Nueva York, Routledge, 2013. En ocasión de dicha revisión constitucional se plantearon por el Consejo Federal distintas iniciativas de modificación al menos parcial de la "cláusula de inmunidad", pero fueron rechazadas por la Asamblea Federal. Véase, López Bofill, *op.cit.*, pp. 124-125, nota 83 y Mahon, "Judicial Federalism...", *op. cit.*, p. 151.

provocar grandes alteraciones en la arquitectura constitucional. Es más, el control de constitucionalidad concebido en 1874 era un control más bien de *federalidad*, de adecuación de los ordenamientos cantonales al ordenamiento federal⁴ (y también al ordenamiento internacional pues, como hemos visto, la "inmunidad" se extendía a la necesidad de la Confederación de cumplir con sus compromisos internacionales).

Sin embargo, la creciente intervención de la Confederación en la regulación por vía legislativa en distintos sectores de la realidad, así como la creciente conclusión de instrumentos internacionales de los que Suiza es parte (entre los que se incluyen elementos de protección internacional de derechos humanos) ha instigado, si bien no a derogar la "cláusula de inmunidad", a contar con mecanismos que permitan matizar la obligación de aplicar el derecho legislativo federal cuando exista contradicción con las normas que conforman tanto la Constitución Federal como el derecho internacional de los derechos humanos.⁵ Estas técnicas de moderación de la exclusión del derecho legislativo federal del control de constitucionalidad se han afianzado jurisprudencialmente a lo largo de las últimas décadas, una evolución que ya se percibía antes del cambio de marco constitucional proporcionado por las reforma de 1999.

De entre dichas técnicas puede destacarse, por ejemplo, que si bien el juicio de constitucionalidad tiene su limitación en la inaplicación de la ley federal (o en la declaración general de inconstitucionalidad y nulidad) nada impide que se limite el alcance del precepto controvertido mediante una interpretación constitucionalmente adecuada.

La segunda precisión se refiere a la posibilidad de que el Tribunal Supremo Federal detecte la incompatibilidad entre la ley federal y la Constitución

⁴ Sobre la formación del modelo de control de constitucionalidad suizo en la Constitución Federal de 1874, véase Cruz Villalón, Pedro, *La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 49-69.

⁵ Sobre los matices a la aplicación de la cláusula de inmunidad, véase Auer, Andreas, Malinverni, Giorgio, y Hottelier, Michel, *Droit Constitutionnel Suisse*, Berna, Stämpfli, 2013, párrafo 1937.

y, pese a aplicarla, inste al legislador a su modificación (aunque este gesto no sea vinculante).

En tercer lugar, no puede olvidarse que la ausencia de un control abstracto de constitucionalidad de las leyes federales que conlleve la inaplicación o nulidad de una ley federal no es obstáculo para que se ejerza un cierto control sobre los actos ejecutivos de aplicación y desarrollo de dichas disposiciones generales federales. Un ejemplo de esto último sería el del recurso que pueden interponer las autoridades cantonales ante el Tribunal Supremo Federal contra una disposición infralegal que vulnere el sistema de distribución de competencias entre la Confederación y los Cantones.

Como cuarta excepción a la obligación de aplicación de la ley federal y del derecho internacional por parte del Tribunal Supremo Federal debería destacarse la progresiva aparición de una suerte de "control de convencionalidad" sobre las leyes federales en caso de violaciones a los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que la Confederación Helvética es parte, principalmente de infracciones al Convenio Europeo de Derechos Humanos o a los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobados en el marco de Naciones Unidas en 1966.

Finalmente, debe destacarse que el control de constitucionalidad de las leyes sí se ejerce en toda extensión (incluidas, pues, las consecuencias de inaplicación o nulidad por contradicción con la norma constitucional, así como en sus variantes concreta y abstracta) en relación con las leyes cantonales. En otro sentido, huelga decir que el mencionado control puede ejercerse de forma difusa o concentrada tanto en el plano federal como en el ámbito de la jurisdicción cantonal.

Sea como fuere, y para lo que incumbe al objeto del presente artículo sobre la tipología de sentencias del Tribunal Supremo Federal Suizo, estas precisiones sobre la obligación de aplicación de leyes federales y

tratados internacionales, incluso en contextos de infracción constitucional, aluden a un elenco de resoluciones de constitucionalidad que abarcarían desde aquéllas que incorporan la declaración de inconstitucionalidad y nulidad sobre leyes cantonales a las decisiones de interpretación constitucional conforme por las que se modula el sentido de la disposición legislativa federal para adaptarla a las reglas constitucionales, pasando por el control de convencionalidad de estas mismas leyes federales (o cantonales) para adaptarlas a las disposiciones de los tratados internacionales y, en especial, a aquellos tratados internacionales en materia de derechos humanos.

B. Pleno control de constitucionalidad: decisiones de inconstitucionalidad, nulidad e inaplicación

Como hemos constatado, el control de constitucionalidad de la ley se encuentra limitado en el caso de la legislación federal. Pero el análisis de compatibilidad entre la Constitución Federal y una norma de rango inferior puede ejercerse en toda su extensión, esto es, con asociar la inconstitucionalidad advertida a las consecuencias de nulidad y de inaplicación, respecto a todo otro tipo de disposiciones, incluidas las disposiciones de rango legislativo cantonal.

En la medida de que el control de constitucionalidad en la Confederación Helvética es de carácter difuso, aquél puede ser ejercido por distintos órganos judiciales más allá del Tribunal Supremo. Además, el carácter del control en las distintas instancias se manifiesta tanto con carácter concreto como con carácter abstracto.

Una vía para desplegar un control indirecto de constitucionalidad sobre la legislación federal consiste en impugnar un acto de aplicación de la norma general de rango infralegal. La consecuencia de la inconstitucionalidad puede extenderse a dicho acto tanto en una instancia judicial territorial como en el Tribunal Supremo Federal mediante recurso, y el

resultado del juicio de inconstitucionalidad puede referirse a la inaplicación de la disposición infralegal controvertida. Con todo, el Tribunal Supremo Federal ha entendido que si la disposición infralegal reproduce la regla contenida en una disposición con rango de ley cubierta por la "cláusula de inmunidad" dicha "inmunidad" al juicio de constitucionalidad también se extiende a la norma reglamentaria.⁶

I. Resoluciones relativas a conflictos de competencia entre Confederación y Cantones o entre Cantones

Un ejemplo de control de constitucionalidad sobre disposiciones infralegales que puede tener repercusiones mediatas sobre normas con rango de ley lo hallamos en el supuesto de los conflictos de competencia susceptibles de resolverse directamente ante el Tribunal Supremo a instancias de las autoridades cantonales (o que tengan por objeto preceptos infralegales cantonales impugnados ante el Tribunal Supremo por la Confederación o por otros Cantones).⁷ La jurisdicción del Tribunal Supremo Federal en este procedimiento de resolución de controversias entre la Confederación y los Cantones (y entre los mismos Cantones) se encuentra previsto en el artículo 189.2 de la Constitución Federal⁸ y presenta algunas analogías con estructuras procesales del mismo tipo previstas en otros modelos de descentralización territorial que hallamos en derecho comparado. Del mismo modo que ocurre en otros sistemas, aunque en algunos de estos otros casos se trate de modelos de jurisdicción constitucional concentrada, como en Alemania, Austria o España, el objeto del

⁶ Así Haller, Walter, *The Swiss Constitution in a comparative context*, Zürich y Sankt Gallen, Dike, 2016, p. 261; Mahon, Pascal, *Droit Constitutionnel. Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, vol. I., 2014, pp. 329-330.

⁷ Sobre los conflictos de competencia, véase De Rossa Gisimundo, Federica, "Die Rolle der Verfassungsgerichte in der «Multi-Level-Governance», Schweiz, Das Bundesgericht", European Parliament Research Service. PE 593.509. Noviembre 2016, p. 28, disponible en «[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/593509/EPRS_STU\(2016\)593509_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/593509/EPRS_STU(2016)593509_DE.pdf)».

⁸ Desarrollado en los artículos 120.1 a) y b) de la Ley del Tribunal Supremo Federal. Véase Mahon, "Judicial Federalism...", *op. cit.*, p. 140.

conflicto es de carácter reglamentario y no parte de otras jurisdicciones inferiores de carácter contencioso-administrativo puesto que se considera que la disputa sobre el sistema de distribución competencial que enfrenta a los distintos entes territoriales es de suficiente relevancia constitucional como para que sea conocida por la máxima autoridad jurisdiccional.⁹

Las sentencias en este tipo de conflictos pueden ser estimatorias o desestimatorias de la acción interpuesta por el correspondiente ente territorial y, en caso de estimación, apreciar la incompatibilidad de la normativa infralegal impugnada con el sistema constitucional de distribución de competencias, lo que puede conllevar su inaplicación o declaración de nulidad e inconstitucionalidad del precepto infractor.

La circunstancia especial que afecta a la actividad del Tribunal Supremo Federal suizo se produce en el caso de que una invasión competencial propiciada por la Confederación mediante norma reglamentaria en realidad tenga su origen en un vicio de incompatibilidad con el sistema constitucional de competencias contenido en la ley federal de cobertura. Si en la mayoría de modelos antes mencionados de jurisdicción constitucional concentrada en los que se diseña este tipo de conflictos de competencia existen procedimientos incidentales que puedan llegar a impulsar el juicio de constitucionalidad sobre la ley y, eventualmente, la declaración de inconstitucionalidad de la misma, en el caso del Tribunal Supremo Federal suizo, cuando el conflicto afecte a una ley federal, la intervención jurisdiccional, y teniendo en cuenta la "cláusula de inmunidad", no podrá ir más allá de la decisión sobre la incompatibilidad de la norma infralegal de aplicación o de ejecución de la ley federal con el sistema de distribución de competencias, pero dicha ley federal quedará indemne del examen de constitucionalidad (e incluso, como hemos visto

⁹ La estructura de este tipo de conflictos competenciales, de su objeto y de sus formas de resolución en distintas jurisdicciones constitucionales europeas fue tratado en mi libro López Bofill, Héctor, *Conflictos de competencia y jurisdicción ordinaria*, Madrid, Marcial Pons/Institut d'Estudis Autonòmics, 1999.

más arriba, la indemnidad se extenderá a la norma infralegal federal de aplicación si ésta reproduce la norma contenida en la ley federal).

La opción de ejercer el pleno control de constitucionalidad sobre una ley derivada de un conflicto competencial, en cambio, sí que se podría desarrollar en el caso de que la normativa cuestionada hubiese sido dictada por una autoridad cantonal (con la cobertura de una ley del mismo ente territorial), sea en el marco de un conflicto de competencias activado por la Confederación o por otro Cantón. Como veremos, la incompatibilidad entre una ley federal y el sistema constitucional de distribución de competencias, como en el caso de cualquier otro vicio de inconstitucionalidad que afecte a una ley federal, podría atenuarse mediante la aplicación de la técnica de la interpretación constitucionalmente conforme.

II. Decisiones de constitucionalidad sobre legislación cantonal

Como decimos, el control de constitucionalidad tanto abstracto como concreto se proyecta sobre la legislación cantonal. El diseño institucional previsto en algunas de las constituciones cantonales incluye la presencia de un Tribunal Constitucional que ejerce el control abstracto de constitucionalidad sobre las disposiciones con rango de ley emanadas de las autoridades legislativas cantonales, un control que eventualmente se traslada asimismo al Tribunal Supremo.

En este sentido, uno de los tipos de decisiones del Tribunal Supremo Federal sobre legislación cantonal incluye aquellas resoluciones en las que se declara la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley y se declara su nulidad. Sin embargo, al coexistir dicho control abstracto con mecanismos de control concreto en función del contexto de la impugnación la consecuencia de la inconstitucionalidad prevista en la resolución puede limitarse a la inaplicación de la norma legislativa cantonal.

El control, tanto abstracto como concreto, de la legislación cantonal tiene como parámetros no sólo la Constitución Federal sino también el derecho internacional público (particularmente, como veremos, el derecho internacional de los derechos humanos y más específicamente el Convenio Europeo de Derechos Humanos) y el derecho constitucional cantonal.

III. Control de constituciones cantonales bajo el parámetro de la Constitución Federal

Precisamente sobre este último conjunto de normas huelga señalar que, en principio, el Tribunal Supremo Federal no admite su examen a la luz de la Constitución Federal. Las constituciones cantonales se mantienen, pues, fuera del alcance del juicio de constitucionalidad desarrollado por la jurisdicción federal al considerar que las instituciones centrales ya han analizado la adecuación de los preceptos constitucionales cantonales al marco constitucional federal a través de la intervención jurídica que ejerce la Asamblea Federal en el proceso de aprobación y de reforma de la norma básica cantonal.¹⁰

Cabe insistir en el hecho de que el control de la Asamblea Federal sobre las constituciones cantonales no es de oportunidad política (a diferencia de lo que ocurre en otros modelos de organización territorial compuesta como, por ejemplo, se produce en España en el proceso de aprobación y reforma de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas), sino que se ciñe a un examen de legalidad constitucional.¹¹ El legislativo federal actúa, en este escenario, a modo de jurisdicción constitucional.

¹⁰ Así lo dispone el artículo 172.2 de la Constitución Federal Suiza.

¹¹ Así Grisel, Etienne, "La garantie des constitutions cantonales: une procédure politique ou une procédure judiciaire?", en Rapp, Jean-Marc *et al.* (eds.), *Le droit en action*, Lausanne, Faculté de Droit, 1996. Sobre el control de adecuación de las constituciones cantonales a la Constitución Federal ejercido por la Asamblea Federal, véase asimismo mi estudio López Bofill, Héctor, *Derechos Estatutarios en Ordenamientos Jurídicos Plurales*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2008, pp. 61-62. Véase también, Ruch, Alexander, "Artikle 51", en Ehrenzeller, Bernhard *et al.* (eds.), *Die schweizerische Bundesverfassung Kommentar (St. Galler Kommentar)*, Zürich/Basilea/Ginebra, Dike/Schultess, 2002.

Esto resulta coherente con el conjunto del modelo caracterizado por un especial respeto por las decisiones de los órganos democráticos, tanto aquellas expresadas en un foro representativo (así las mismas leyes federales excluidas, como vemos, del control del Tribunal Supremo), como las resultantes de un proceso refrendario de participación popular directa (lo que puede darse en el curso de la aprobación y reforma de una constitución cantonal).

IV. Principio democrático y control de constitucionalidad de las leyes en Suiza

Es en el contexto de la aludida tradición democrática helvética, sea a través de mecanismos representativos o mediante instrumentos directos o semidirectos, que en el fondo se explican las reservas a la supervisión jurisdiccional tanto de leyes federales como de constituciones cantonales.¹²

Aunque, como hemos visto, la legislación federal contase desde 1874 con un régimen de consideración especial por la incidencia de la "cláusula de inmunidad", el intenso componente de participación democrática que impregna el procedimiento legislativo en Suiza y que también afecta a la legislación cantonal (con su amplio elenco de mecanismos relativos a la iniciativa legislativa ciudadana y a las formas de participación ciudadana en referéndum) impone una remarcable cautela judicial en el momento de examinar la constitucionalidad de dicha normativa. La presunción de constitucionalidad de las leyes derivada del valor democrático de las mismas se encuentra, pues, muy reforzada en Suiza al ser, en verdad, una presunción que podríamos calificar de *iuris et de iure* en el caso de las leyes federales.

¹² Sobre el carácter democrático de la legislación (especialmente a través de referéndum popular) como objeción al control de constitucionalidad en Suiza, véase Auer, *op. cit.*, pp. 64-66, y López Bofill, *op. cit.*, p. 125.

En definitiva, las consecuencias del juicio de constitucionalidad proyectadas a los distintos tipos de sentencia emanados de la jurisprudencia del Tribunal Federal Suizo incluyen decisiones en las que la declaración de inconstitucionalidad de la norma se asocia a la nulidad o a la inaplicación de la misma. Ello afecta primordialmente al examen de constitucionalidad sobre leyes cantonales y a normas infralegales que sean de aplicación de leyes federales o a las derivadas de un conflicto de competencias entre Federación y cantones. Dichas estructuras de revisión constitucional pueden desplegarse tanto en procedimientos de control concreto como de control abstracto.

C. Sentencias interpretativas. Interpretación constitucionalmente conforme

Como señalamos, la llamada "cláusula de inmunidad", por la que las leyes federales no pueden ser sometidas a control de constitucionalidad con la consecuencia de la nulidad o de la inaplicación de las mismas, provoca que las sentencias interpretativas (en las que, dados distintos significados de las disposiciones examinadas, el órgano juzgador señala la interpretación constitucionalmente conforme bajo la que se aplica la ley) representen la categoría *par excellence* en la que se desarrolla el examen de constitucionalidad por parte del Tribunal Supremo.¹³

Ciertamente, la imposibilidad de expulsar un precepto legal federal del ordenamiento jurídico no impide que dentro de los límites de la técnica de la interpretación constitucionalmente conforme el Tribunal Supremo pueda condicionar la obligatoria aplicación de la ley a la interpretación que dicho órgano modela.¹⁴ En efecto, dicho por el mismo Tribunal Federal en una de sus muchas decisiones interpretativas:

¹³ En este sentido, véase Uhlmann, Felix y Hofstetter, David, "Aufhebung von Art. 190 BV: Erörterungen anhand des Berichts und Vorentwurfs der Kommission für Rechtsfragen des National rates vom 17 Februar 2011", en *Jusletter. Zurich Open Repository and Archive*, 12 de septiembre de 2011, p. 3, disponible en «https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/51490/1/Aufhebung_von_Art._190_BV.pdf».

¹⁴ Sobre la técnica de la interpretación constitucionalmente conforme como mecanismo de control de constitucionalidad de normas inferidas de disposiciones legislativas, véase Scherrer, Thomas,

Al examinar la constitucionalidad de una ley en el contexto del control normativo abstracto, el factor decisivo es si a la norma en cuestión se le puede asignar un significado según reglas de interpretación reconocidas que la hagan aparecer compatible con las garantías constitucionales o del Convenio Europeo de Derechos Humanos invocadas.¹⁵

Como sucede en otros sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, así como en el sistema alemán principalmente edificado sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal que ha servido a menudo de inspiración para el modelo judicial suizo y para su doctrina,¹⁶ la operación interpretativa que persigue el mantenimiento del precepto legal en el ordenamiento jurídico puede consistir o bien en excluir una interpretación determinada por considerar que la aplicación de la ley mediante dicho parámetro contradice la Constitución (con lo que, en principio, se permite cualquier otra comprensión del precepto) o bien en sujetar la disposición a las condiciones normativas jurisdiccionalmente establecidas.

Los fundamentos de la interpretación constitucionalmente conforme en el marco del control de constitucionalidad participan de las propiedades presentes en otros sistemas: unidad del ordenamiento jurídico, primacía de la Constitución, jerarquía normativa y principio de conservación de normas.¹⁷ Con todo, como sugerimos, la "cláusula de inmunidad" modifica el esquema presentado en relación con el control de constitucionalidad de las leyes federales.

Geschichte und Auslegung des Massgeblichkeitsgebots von Art. 190 BV, Sankt Gallen, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 2001, pp. 307-309; De Rossa Gisimundo, *op. cit.*, pp. 20-21.

¹⁵ BGE 137 I 31 E. 2. S.39. En un sentido similar, véase BGE 92 I 427; BGE 93 I 497; BGE 94 I 82; BGE 95 I 330; BGE 105 Ib 122; BGE 119 Ia 154; BGE 125 II 326; BGE 131 II 562; BGE 133 II, 305; BGE 136 I 87 o BGE 137 V 273.

¹⁶ Así Biaggini, Giovanni, *Verfassung und Richterrecht*, Basilea/Frankfurt del Meno, Hebing & Lichtenhahn, 1991, p.449.

¹⁷ López Bofill, *op. cit.*, p. 134.

Al seguir, asimismo, el rastro de la doctrina alemana¹⁸ y, con ciertas variaciones, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (además del carácter concentrado de dicha jurisdicción constitucional), el Tribunal Supremo Federal suizo ha construido una dogmática acerca de los límites de la interpretación constitucionalmente conforme. Así, mediante esta interpretación no se puede alterar el "texto y el sentido" de la ley ni la "finalidad perseguida por el legislador" aunque también, como sucede en la mayoría de sistemas de control de constitucionalidad de la ley, la determinación sobre las situaciones en las que se respeta o se desconoce "la interpretación literal" del precepto o la "intención del legislador" es problemática.¹⁹

Ciertamente, la teoría de la interpretación no permite distinguir con claridad en qué ocasiones la extracción de sentido deriva de la expresión textual contenida en la disposición y en qué ocasiones el intérprete promueve una manipulación que no se infiere del precepto objeto de la operación interpretativa ya que, como se suele sostener desde la teoría hermenéutica, toda interpretación es una transformación.²⁰ Sin embargo, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional sí que al menos puede perfilarse una gradación entre los significados que se infieren del juicio de compatibilidad entre el texto legislativo y el texto constitucional y la directa introducción de sentidos normativos sin anclaje textual.

Como veremos, la cuestión de la inconstitucionalidad por omisión, por ejemplo, abre la puerta a la adición de significados que no se derivan de la disposición legislativa pero que en el caso suizo suelen desarrollarse a

¹⁸ De entre los autores clásicos alemanes que han influido en la construcción de la doctrina de la interpretación constitucionalmente conforme en el control de constitucionalidad de las leyes en el sistema suizo cabe destacar Bogs, Harald, *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, Stuttgart, Kolhammer, 1966; Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 1995, p. 31; Zippelius, Reinhold, "Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen" en VV.AA., *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, Mohr, vol. II, 1976.

¹⁹ López Bofill, *op. cit.*, pp. 113-116.

²⁰ Así, por ejemplo, Hesse, *op. cit.*, p. 241.

través de una fórmula relacional entre jurisdicción y legislador que requiere una nueva intervención de este último en una estructura más cercana a la reparación de la inconstitucionalidad mediante la colaboración de la interpretación unilateral del órgano judicial.

Con el trasfondo de la "cláusula de inmunidad", la interpretación constitucionalmente conforme practicada respecto leyes federales podría tensionarse en determinados escenarios de difícil compatibilidad entre el sentido del precepto legal y el parámetro constitucional, hasta el punto de cuestionar el respeto de los límites aludidos relativos a la literalidad o a la finalidad perseguida por el legislador. Como en la mayoría de modelos de control de constitucionalidad de la ley, la interpretación constitucionalmente conforme no puede suponer una alteración del contenido normativo del precepto que fuerce a decir al legislador lo que no dice, que, en definitiva, choque contra el sentido de una regla clara²¹ (o que incluso llegue a contradecirla).²²

Con todo, la coyuntura en la que la torsión del significado de un precepto legal federal contraste más allá de lo razonable con la dicción literal del texto para preservar la aplicabilidad es verdaderamente excepcional, ya que al menos en aquellas ocasiones en las que el conflicto normativo entre la ley y la Constitución afecte a un derecho fundamental también, posiblemente, supondrá la infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto al que, como vemos, el Tribunal Federal sí puede ejercer un control que matice la obligación de aplicar la ley.²³

La incidencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos como parámetro normativo significa, por otra parte, que el Tribunal Federal puede emitir sentencias interpretativas conformes a la mencionada norma. El control

²¹ Así Uhlmann y Hofstetter, *op. cit.*, p. 3.

²² Sobre los límites a la interpretación constitucionalmente conforme de la ley en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal suizo, véase, por ejemplo, *BGE* 95 I 330 S. 332; *BGE* 104 a la 291; *BGE* 109 a la 301; *BGE* 136 V 231 E. 5.1 S. 236, *BGE* 136 V 161 E. 6.4 171 o *BGE* 141 II 338.

²³ López Bofill, *op. cit.*, p. 125, pp. 134-136.

de convencionalidad de leyes federales incluye, pues, la solución de encaje interpretativo en términos similares a como se despliega la interacción entre ley y Constitución.

Aunque, como hemos apuntado, el control de constitucionalidad de leyes cantonales puede ser completo mediante la declaración de inconstitucionalidad y nulidad, por lo que es frecuente que el Tribunal Federal suizo también recurra a la interpretación conforme como alternativa a la sanción de inconstitucionalidad sobre disposiciones legales en el análisis de las normas de dicho rango emanadas de los entes territoriales.²⁴

De hecho, ha sido en el control de constitucionalidad de las leyes cantonales el ámbito en el que tradicionalmente la técnica de la interpretación constitucionalmente conforme ha sido más recurrente, tanto en la jurisprudencia del Tribunal Federal como en el resto de instancias judiciales.²⁵ Ni qué decir tiene que también el factor de la iniciativa y/o aprobación de leyes cantonales mediante formas de intervención directa o semidirecta de la ciudadanía justifica la cautela en sede de revisión jurisdiccional. Dicha cautela se expresa en la preferencia por parte del órgano judicial que ejerce el control por mantener el precepto en el ordenamiento jurídico mediante limitaciones interpretativas a proceder a la eliminación de la disposición afectada con todas las consecuencias de ausencia de deferencia hacia decisiones democráticamente adoptadas y creación de vacíos jurídicos que ello podría acarrear.

D. Sentencias aditivas

Si la inconstitucionalidad de la ley es por omisión, entonces, obviamente, desaparece la barrera del "sentido de texto" en el mecanismo de ajuste de la ley federal y, como ocurre en otros sistemas, se impulsa la reconstrucción

²⁴ De entre los abundantes ejemplos de aplicación de la técnica de la interpretación conforme al control de constitucionalidad de leyes cantonales, véase *BGE* 109 a la 273; *BGE* 116 V 198; *BGE* 118 a la 360 o *BGE* 125 I 65.

²⁵ Véase así Campiche, Edouard, *Die Verfassungskonforme Auslegung*, Zürich, Schulthess, p. 28.

del precepto en el sentido de que optimice el mayor número de bienes constitucionales en juego. A esta alternativa, en el caso que nos ocupa, contribuye toda la tradición procedente del artículo 1.2 del Código Civil Suizo que insta al juez a cubrir por sí mismo las lagunas de la ley que debe aplicar al caso concreto. En el fondo, la obligación de aplicación de la ley federal derivada de la "cláusula de inmunidad" es plenamente compatible con la perspectiva del Código Civil: el Tribunal Supremo no tiene otra opción que aplicar la ley federal, pero extendiendo el régimen constitucionalmente más acorde a las omisiones inconstitucionales que se detectan en la propia ley federal.²⁶

El remedio se ha invocado en sede de derecho de igualdad y, en particular, para el caso de las llamadas discriminaciones por exclusión tácita, producidas cuando la aplicación de la ley federal conlleva la introducción de una carga o la ausencia de reconocimiento de un beneficio a un determinado grupo al no encontrarse el grupo mencionado por la ley o al no encontrarse mencionadas las circunstancias que lo hacen reconocible.²⁷

Sin embargo, la solución al problema de la inconstitucionalidad por omisión y la necesidad de una reconstrucción normativa más allá del caso concreto que origina la impugnación suele reconducirse a través de las sentencias apelativas que trataremos en el siguiente epígrafe y que, ciertamente, implican la intervención del legislador en la reparación de la inconstitucionalidad detectada en sede jurisdiccional.²⁸

E. Sentencias apelativas

Si se considera que la obligación de aplicar la ley federal (*Anwendungsgebot*) no implica la prohibición de examen de constitucionalidad de dicha

²⁶ Véase Auer, *op. cit.*, p. 87.

²⁷ López Bofill, *op. cit.*, pp. 136-137.

²⁸ Véase, por ejemplo, BGE 131 II 697 y BGE 131 II 710, decisiones relativas al régimen de tributación de familias monoparentales.

ley (*Prüfungsverbot*)²⁹, el Tribunal Supremo Federal puede optar por señalar al legislador los aspectos del texto legislativo que aquél estima incompatibles con la Constitución y proponer unas vías de modificación que las Cámaras son libres de adoptar o no.³⁰

No obstante, para que el Tribunal Federal se decida, en caso de incompatibilidad entre la norma legislativa y la Constitución Federal (o los tratados internacionales en materia de derechos humanos), a dictar unas directrices que el legislador deba tener en cuenta en una eventual reforma de la ley, el órgano judicial, según su propia jurisprudencia, debe apreciar un "interés general suficiente". De ello parece derivarse que no toda incompatibilidad entre ley y Constitución (que no pueda subsanarse mediante interpretación conforme) se traduzca en una instancia al legislador para que repare el vicio.³¹

Las sentencias apelativas son comunes en otros sistemas de control de constitucionalidad concentrado de la ley como en el caso alemán,³² pero en Suiza, obviamente, tienen la particularidad de que se presentan como única alternativa a la reparación de la inconstitucionalidad cuando no es practicable una interpretación constitucionalmente conforme de la ley federal enjuiciada; cuando no es posible, por ejemplo, la superación del conflicto entre la ley federal y el texto constitucional sin una interpretación que altere el sentido literal de la disposición enjuiciada.

Tanto las sentencias apelativas como las sentencias aditivas que hemos analizado anteriormente también se pueden dictar en el marco del juicio de constitucionalidad de leyes cantonales (en realidad, se trata de la

²⁹ Así lo admitió el mismo Tribunal Supremo Federal suizo en su sentencia de 11 de diciembre de 1996, BGE 123 II 9.

³⁰ Mahon, "Judicial Federalism...", *op. cit.*, p. 153. Algunos ejemplos de sentencias apelativas se encuentran en las resoluciones BGE 137 I 23 E. 2.4.4 S.28; BGE 136 II 120 E. 3.5.1. S.130 o BGE 136 I 65 E. 3.2. S. 70.

³¹ Uhlmann y Hofstetter, *op. cit.*, p. 3. Sobre este aspecto véase la sentencia del Tribunal Supremo Federal suizo BGE 136 I 49E. 3.1 S.55.

³² Sobre las sentencias apelativas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, véase López Bofill, *op. cit.*, pp. 105-107.

circunstancia más frecuente). Aunque en el juicio de constitucionalidad de las leyes cantonales no se proyecte la "cláusula de inmunidad" y sea posible la declaración de inconstitucionalidad y la nulidad (o inaplicación) del precepto legal controvertido, la presunción de constitucionalidad de las leyes derivadas de su origen democrático conlleva también en sede de legislación cantonal que una nueva intervención legislativa modulada por las indicaciones perfiladas en una sentencia apelativa sea preferible a una solución jurisdiccional fundada en la inaplicación de la ley o en la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la misma.

En relación con las leyes federales, la "cláusula de inmunidad" implica que, en el momento de establecer condiciones a la gestión de la inconstitucionalidad detectada, el Tribunal Supremo Federal se encuentre mucho más limitado que en otros sistemas de control de constitucionalidad de las leyes. La modificación del precepto según las consideraciones del Tribunal Supremo Federal no es vinculante para el legislador ni éste se encuentra sometido a plazo alguno. La obligación de aplicación de la ley federal, así como el respeto al principio democrático, promueve que el legislador decida libremente en qué condiciones implementa las apreciaciones del Tribunal Supremo Federal emitidas con el fin de superar la incompatibilidad entre la norma legislativa y la regulación constitucional.

F. Control de convencionalidad

Aunque propiamente el ejercicio del control de adecuación de la ley federal al Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte del Tribunal Supremo Federal suizo no genere una modalidad específica de sentencia (ya que el abanico completo de categorías de decisión arriba referido [sentencias interpretativas, sentencias aditivas, sentencias apelativas...] de hecho se reproduce en el mencionado control de convencionalidad), la relevancia del contraste entre la ley federal y los instrumentos internacionales de salvaguarda de libertades (hasta el punto de que el Convenio Europeo ha sido el marco recurrente de limitación de aplicación de las

disposiciones legislativas federales) obliga a un tratamiento pormenorizado de la intervención judicial cuando el parámetro invocado es el de la norma internacional.

El fundamento del mayor margen de decisión jurisdiccional frente a la ley federal en el caso en el que se examina la compatibilidad con el Convenio Europeo se encuentra en el mismo sistema constitucional. La "cláusula de inmunidad" entendida como la obligación de aplicación de una determinada fuente del derecho por parte del Tribunal Supremo Federal se extiende no sólo a ley federal, sino también al derecho internacional. La cuestión es entonces qué norma prevalece (la ley federal o la norma de derecho internacional) en caso de conflicto, pues en principio ambas se benefician de la garantía del artículo 190 de la Constitución Federal. La respuesta la encontramos en el artículo 5.4 de la misma Constitución Federal, por el que la Confederación Helvética se compromete a respetar los acuerdos internacionales que ha concluido: lo que ha instigado tanto a la doctrina como a la jurisprudencia a admitir la primacía del derecho internacional frente a la ley federal.³³

El sintagma trazado entre la Constitución Federal y la legislación internacional (en particular, la legislación internacional de los derechos humanos) contribuye a que el caso suizo se erija como un ejemplo de lo que ha venido a llamarse la "constitucionalización" del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal como destacó en reiteradas ocasiones quien fue el juez suizo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Presidente de dicha Corte, Luzius Wildhaber,³⁴ pero de un modo en el que las normas convencionales adquieren incluso un carácter más incisivo respecto la ley federal que la propia Constitución. En definitiva, la

³³ Así Mahon, "Judicial Federalism...", *op. cit.*, p. 153. Véase sentencia del Tribunal Supremo Federal BGE 99 Ib 39 Schubert.

³⁴ Así Wildhaber, Luzius, "Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte?", en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, n. 21-23, 2002, pp. 474-569; Greer, Steven y Wildhaber, Luzius, "Revisiting the Debate about «constitutionalising» the European Court of Human Rights", en *Human Rights Law Review*, vol. 12, n. 4, 2013, pp. 655-687, en especial p. 668.

colisión entre un precepto legislativo federal y una norma de derecho internacional supone, como ya hemos insinuado, una excepción a la "cláusula de inmunidad" asociada a las leyes federales ya que, ante estas circunstancias, el Tribunal Supremo Federal cuenta con el poder de inaplicación de la norma federal.

Si la razón de la limitación a la revisión constitucional practicada por el Tribunal Supremo en el caso de las leyes federales tenía como fundamento la deferencia hacia el legislador democrático (directo o representativo), la prevalencia de los compromisos internacionales, así como la necesidad de salvaguardar la credibilidad internacional de la Confederación Helvética, justifican las reservas a la aplicación *tout court* de la legislación federal.

Aunque el control de convencionalidad y la primacía del derecho internacional puedan conllevar la inaplicación de la disposición federal, esta solución se concibe como *ultima ratio*, por lo que es preferible también en sede de control de convencionalidad una interpretación de la ley conforme al instrumento internacional que evite la suspensión de la norma legislativa al caso concreto, de ahí que la decisión interpretativa también sea frecuente en el contexto del contraste entre la ley federal y el tratado internacional.

En el marco del control de adecuación de la ley federal a un derecho fundamental, el trasfondo de la primacía del derecho internacional público y, en particular, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, permite limitar el alcance de aplicabilidad de la norma federal si el derecho en liza del Convenio coincide con el derecho reconocido en la Constitución Suiza. En el fondo, se trataría de un control de constitucionalidad de la ley federal mediatizado por el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (o por otros tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que la Confederación Helvética sea parte).³⁵

³⁵ Hertig, Randall, *op. cit.*, p. 247.

El control de convencionalidad ejercido por el Tribunal Supremo fundado directamente en un derecho del Convenio Europeo se consolidó en la sentencia BGE 125 II 417, de 16 de julio de 1999, en el llamado caso del Partido de los Trabajadores del Kurdistan (PKK),³⁶ en el que se estimó que la exclusión explícita de recurso ante el mismo Tribunal Federal contra las resoluciones del Gobierno Federal calificadas como "actos políticos" por parte de la legislación federal procesal era contraria al artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a un proceso equitativo), por lo que las mencionadas disposiciones legislativas procesales no podían impedir el enjuiciamiento de las resoluciones adoptadas por el Gobierno Federal en las que alegase el carácter "político" de las mismas. La invocación directa de los derechos del Convenio Europeo por parte del Tribunal Supremo Federal con el fin de justificar la inaplicación de una ley federal ha sido reiterada en distintas ocasiones después del mencionado caso sobre el PKK.³⁷

La posibilidad de recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una vez cumplido con el requisito del agotamiento de recursos en sede interna, debería ser un elemento disuasivo para el Tribunal Supremo Federal a la hora de admitir la aplicación de una ley federal que presente problemas de compatibilidad con los derechos reconocidos en el Convenio (o al menos un potente incentivo para animar al juez interno de constitucionalidad-convencionalidad para practicar una interpretación conforme a la Constitución/Convenio Europeo de Derechos Humanos). Sin embargo, son frecuentes las condenas en Estrasburgo de la Confederación Helvética y no sólo por incompatibilidad de la ley federal con los derechos del Convenio,³⁸ sino incluso por la incompatibilidad

³⁶ Para un análisis de esta sentencia, véase Chiariello, Elisabeth, *Der Richter als Verfassungsgeber? Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte*, Zürich/Sankt Gallen, Dike Verlag, 2009, pp. 79 y ss.; Thürer, Daniel, "Verfassungsrechtlicher Status der Grundrechte", en Merten, Detlef et al. (eds.), *Handbuch der Grundrechte. Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein*, Heidelberg y Zürich/Sankt Gallen, C.F. Müller/Dike, 2007, p. 53.

³⁷ Así lo confirman resoluciones posteriores como la sentencia del Tribunal Federal BGE 131 V 66, caso M. Véase Hertig, Randall, *op. cit.*, p. 248.

³⁸ Un célebre caso en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó la violación de un derecho del Convenio Europeo (en concreto, la conculcación del artículo 10 CEDH en su dimensión

entre una ley cantonal con dicho instrumento internacional,³⁹ respecto a la que, como hemos visto, el margen de enjuiciamiento por parte de la jurisdicción suiza, incluido el Tribunal Supremo Federal, es mayor ya que dicha normativa no está sujeta a la limitación que supone la "cláusula de inmunidad", y podría resolverse su inaplicación o apreciar su expulsión del ordenamiento jurídico mediante nulidad en caso de contradicción con las libertades reconocidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Las condenas a Suiza ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reflejarían, bajo estas coordenadas, una fisura en el mecanismo de garantía proporcionado por el control de convencionalidad ejercido en sede interna. Una sentencia del mencionado Tribunal internacional por la que se advierta que la Confederación Helvética ha violado uno o más derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos o de sus Protocolos es de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades suizas y, en este sentido, el Tribunal Supremo Federal no es una excepción. La decisión condenatoria en Estrasburgo habilita a la apertura de un procedimiento de revisión de la resolución que había propiciado la intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁰ e implica

de libertad de comunicar información) y una ley federal (los artículos 2 y 3 de la Ley Federal de Competencia Desleal) fue la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de agosto de 1998 (*Caso Hertel contra Suiza*). Ejemplos de casos más recientes de condena de la Confederación Helvética por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al apreciar una violación de los derechos del Convenio en el contexto de la aplicación de una ley federal los encontramos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de enero de 2021 (*Caso Rysler contra Suiza*); de 20 de octubre de 2020 (*Caso B. contra Suiza*) o, más lejana en el tiempo, la sentencia del TEDH de 9 de noviembre de 2010 (*Caso Losonci Rose y Rose contra Suiza*).

³⁹ Un ejemplo lo hallamos en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de enero de 2021 (*Caso Lacatus contra Suiza*), en la que se apreció la incompatibilidad entre la regulación sobre la mendicidad prevista en la legislación del Cantón de Ginebra y el derecho al respeto a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, BGE 137 III 332, aunque en esa ocasión no se trataba de dar cumplimiento a una decisión definitiva del Tribunal de Derechos Humanos sino a una resolución de medidas cautelares de la instancia internacional en el contexto de violación del derecho a la intimidad familiar y de impedir el traslado de un menor fuera de Suiza. En la aludida decisión del Tribunal Supremo Federal se establecen las condiciones para proceder a la revisión de uno de sus juicios, lo cual implica: 1) que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya constatado la violación de un derecho del Convenio y de sus protocolos, 2) que una eventual indemnización declarada por el Tri-

la reparación de la vulneración apreciada por las instancias supra-nacionales,⁴¹ ello sin perjuicio de la participación del legislador en el caso en que la infracción al Convenio Europeo hubiese sido consecuencia de la aplicación del precepto legal.

G. Conclusiones

La tipología de sentencias que emana de la actividad del Tribunal Supremo Federal de Suiza respecto al control de constitucionalidad de las leyes es similar a la producida por otras instancias judiciales de control de constitucionalidad, tanto de carácter concentrado como de carácter difuso (lo que incluye aquellos órganos que, como el mismo Tribunal Supremo Federal suizo, ejercen un poder de revisión de la ley de carácter mixto: difuso con elementos de concentración).

La diferencia (y la peculiaridad del modelo suizo) radica en el límite al control de constitucionalidad que impone la "cláusula de inmunidad" por la que el Tribunal Supremo Federal y el resto de órganos jurisdiccionales tienen la obligación de aplicar tanto las normas federales con rango de ley como el derecho internacional público aun cuando dichas normas presenten problemas de compatibilidad con la Constitución Federal.

Como hemos visto, esta característica derivada de la evolución histórica en la creación de la justicia constitucional helvética ha sido reiteradamente cuestionada tanto por la doctrina como por las instancias políticas sin llegar, con todo, a eliminarse. El resultado final para el tema que nos incumbe es que, aunque formalmente exista una correspondencia

bunal Europeo no permita la reparación de la violación detectada y 3) que la revisión del juicio previo dictado por el Tribunal Supremo Federal sea necesaria a efectos de reparar la vulneración del derecho del Convenio Europeo. Otro ejemplo de revisión abierta por el Tribunal Supremo Federal, esta vez derivado de una sentencia definitiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la que se entendía que la prohibición de emisión de un anuncio producido por una asociación de protección animal violaba el artículo 10 del Convenio Europeo, se encuentra en la resolución BGE 136 I 158.

⁴¹ De Rossa Gisimundo, *op. cit.*, pp. 41-42.

entre las categorías de resoluciones del Tribunal Supremo Federal y las de otros sistemas constitucionales, *el sentido* de las primeras adquiere una dimensión diferente ya que, por ejemplo, las decisiones de interpretación constitucionalmente conforme sobre leyes federales se advierten como la única alternativa con la que cuenta el órgano jurisdiccional para moderar los vicios de inconstitucionalidad derivados del texto legislativo federal y, al mismo tiempo, cumplir con la "cláusula de inmunidad".

Sin embargo, la mayor parte de técnicas de moderación del juicio de constitucionalidad (y de convencionalidad) por parte del Tribunal Supremo Federal Suizo se desarrollan en el marco del control de constitucionalidad de las leyes cantonales sobre las que sí puede ejercerse el examen de constitucionalidad con la consecuencia de la inaplicación o incluso de la nulidad de la ley examinada. Sea como fuere, la especial calidad democrática en la producción de la ley (a través de representantes o a través de instrumentos de participación directa de la ciudadanía) define la contención del juicio de constitucionalidad de las leyes, sean éstas de carácter federal o cantonal.

En el caso del examen de constitucionalidad sobre leyes federales, el escenario en que el Tribunal Supremo Federal suizo se ve obligado, a causa de la "cláusula de inmunidad", a aplicar una ley federal inconstitucional (o contraria a los tratados internacionales) es en verdad muy reducido. La obligación de aplicación de la ley federal no significa ni la completa ausencia de control de constitucionalidad ni la ausencia de compromiso judicial con "el perfeccionamiento" jurídico (*Rechtsfortbildung*) de las leyes federales a través de la concretización de las mismas en el momento de su aplicación.⁴²

En suma, las específicas coordenadas que definen el sistema de control de constitucionalidad suizo (sobre el que no puede obviarse el contexto de

⁴² Auer, *op. cit.*, p. 90; Biaggini, *op. cit.*, pp. 426 y ss.; López Bofill, *op. cit.*, p. 137; Müller, Niklaus, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung*, Berna, Stämpfli, 1980, pp. 108-116.

una larga y arraigada tradición democrática) condicionan el análisis de las formas de decisión que adoptan sus órganos jurisdiccionales.

H. Bibliografía

Auer, A., *Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit*, Basilea/Frankfurt del Meno, Helbing & Lichtenhahn, 1984.

Auer, A., Malinverni, G. y Hottelier, M., *Droit Constitutionnel Suisse*, Berna Stämpfli, 2013.

Biaggini, G., *Verfassung und Richterrecht*, Basilea/Frankfurt del Meno, Hebing & Lichtenhahn, 1991.

Bogs, H., *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*. Stuttgart, Kolhammer, 1966.

Campiche, E., *Die Verfassungskonforme Auslegung*, Zürich, Schulthess, 1978.

Chiariello, E., *Der Richter als Verfassungsgeber? Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats un der Demokratie durch höchste Gerichte*, Zürich/Sankt Gallen, Dike, 2009.

Cruz Villalón, P., *La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

De Rossa Gisimundo, F., *Die Rolle der Verfassungsgerichte in der «Multi-Level-Governance»*, Schweiz, Das Bundesgericht, European Parliament Research Service, 2016.

Fleiner, Th., "Constitutional revision: The case of Switzerland", en X. Contiades (ed.) *Engineering Constitutional Change. A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, Londres y Nueva York, Routledge, 2013.

Grisel, E., «La garantie des constitutions cantonales: une procédure politique ou une procédure judiciaire?», en Rapp, Jean-Marc *et al.* (eds.), *Le droit en action*, Lausanne, Faculté de Droit, 1996.

Haller, W., «Das schweizerische Bundesgericht als Verfassungsgericht», en Ch. Starck y A. Weber (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Baden-Baden, Nomos, vol. I, 1986.

Haller, W., *The Swiss Constitution in a comparative context*, Zürich y Sankt Gallen, Dike, 2016.

Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 1995.

López Bofill, H., *Conflictos de competencia y jurisdicción ordinaria*, Madrid, Marcial Pons/Institut d'Estudis Autònòmics, 1999.

_____, *Derechos Estatutarios en Ordenamientos Jurídicos Plurales*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2008.

_____, *Las decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Valencia, Tirant/Instituto Vasco de Administración Pública, 2004.

Mahon, P., *Droit Constitutionnel. Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, vol. I, 2014.

_____, "Judicial Federalism and Constitutional Review in the Swiss Judiciary", en A. Ladner, N. Soguel y Y. Emery (eds.), *Swiss Public Administration: Making the State Work Successfully*, Cham, Palgrave MacMillan/IIAS, 2019.

Müller, N., *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung*, Berna, Stämpfli, 1980.

Ruch, A., "Artikle 51", en Ehrenzeller, B. *et al.* (eds.), *Die schweizerische Bundesverfassung Kommentar (St. Galler Kommentar)*, Zürich/Basilea/Ginebra, Dike/Schultess, 2002.

Scherrer, Th., *Geschichte und Auslegung des Massgeblichkeitsgebots von Art. 190 BV*, Sankt Gallen, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 2001.

Schubarth, M., "Bundesgericht", en D. Thürer; J-F. Aubert y J.P. Müller (eds.), *Droit constitutionnel suisse*, Zürich, Schulthess, 2001.

1502 Merten *et al.* (eds.), *Handbuch der Grundrechte. Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein*. Heidelberg y Zürich/Sankt Gallen, C.F. Müller/Dike, 2007.

Zippelius, R., "Verfassungskonforme auslegung von Gesetzen", en VV. AA., *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, Mohr, vol. II, 1976.

ASIA

30. Tipología y efectos de las sentencias constitucionales del Tribunal Supremo de Israel

Suzie Navot*

Guy Lurie**

(Traducción de Jorge Alvar Contreras Segura)

* Profesor Titular de Derecho Constitucional y Vicepresidente (investigación) del Instituto de Democracia Israeli.

** Investigador en el Instituto de Democracia de Israel. Los autores desean agradecer a Adi Hornero y Yehuda Aizenberg por su asistencia en la investigación.

SUMARIO: A. Introducción. La historia constitucional de Israel. Una breve visión general. B. El Tribunal Supremo de Israel, su estructura institucional y competencias. C. Los jueces. D. El número y el fondo de las sentencias constitucionales. E. Tipologías de los requisitos preliminares en los recursos de revisión judicial. F. Efectos de las sentencias constitucionales: la doctrina de la nulidad relativa. G. Conclusión. H. Conclusión. I. Referencias.

A. Introducción. La historia constitucional de Israel. Una breve visión general

Israel no tiene un solo documento conocido como "La Constitución" y, por tanto, no tiene un "Tribunal Constitucional" específico. Tras el establecimiento del Estado, en 1948, la Declaración de Independencia de Israel determinó que "el establecimiento de las autoridades elegidas y regulares del Estado" sería "de conformidad con la Constitución que será adoptada por la Asamblea Constituyente...". La Asamblea Constituyente, más tarde renombrada "La Primera Knesset", llevó a cabo extensos debates sobre la futura Constitución, pero en ausencia de consenso sobre la necesidad de una Constitución, su contenido y forma, las deliberaciones constitucionales llegaron a un punto muerto. Antes de que se dispersara, la Primera Knesset respaldó un "compromiso" según el cual Israel introduciría una Constitución "en etapas":¹ La Constitución se compondría

¹ Navot, Suzie, *Constitutional Law of Israel*, 2a. ed., 2016, pp. 35-38; Navot, Suzie, *The Constitution of Israel — A contextual Analysis*, 2014; Shinar, Adam, "Accidental Constitutionalism: The Political

de capítulos, cada uno de los cuales comprendería una sola Ley Fundamental en sí misma.² Este proceso condujo a la promulgación hasta ahora de trece leyes fundamentales, pero nunca se completó y aún no ha producido una Constitución completa.

En 1992, la Knesset promulgó dos leyes fundamentales que se ocupan de los derechos humanos: Ley Fundamental: Dignidad Humana y Libertad; y Ley Fundamental: Libertad de Ocupación. Estas leyes fundamentales cambiaron la estructura constitucional de Israel y fueron seguidas por un fallo de importancia crucial emitido en 1995: la decisión del *Banco Mizrahi*.³ En esta monumental decisión, la Corte Suprema (que actúa como tribunal de casación, en un proceso civil) declaró que las leyes básicas en Israel tenían un estatus constitucional "supralegal", y que el tribunal está facultado para hacer cumplir las limitaciones que conllevan por la revisión judicial de la legislación de la Knesset, incluso si ese poder no se menciona explícitamente en las leyes fundamentales. Las leyes fundamentales sobre derechos humanos y esta decisión de la Corte Suprema se conocieron más tarde como la "revolución constitucional".

Antes de la revolución constitucional, la Corte no llevaba a cabo la revisión judicial de las leyes, excepto en casos muy excepcionales en los que una ley contravenía un artículo consagrado en la Ley Fundamental: el Knesset, que ordenaba, entre otras cosas, el carácter igualitario de las elecciones. Incluso en estos casos, comenzando con el histórico caso *Bergman* en 1969,⁴ el Tribunal sólo llevó a cabo una revisión judicial procedimental, es decir, se aseguró de que la ley se aprobara con la mayoría requerida en la Ley Básica. En cualquier otro asunto, la Corte respeta

Foundations and Implications of Constitution-Making in Israel", en Galligan, Denis J. y Versteeg, Mila (eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*, 107, 2013.

² Eso se conoció como la "*Harrari Resolución*". Esta resolución dice: "La Primera Knesset encomienda al Comité de constitución leyes y justicia la preparación de un proyecto de Constitución. La constitución constará de capítulos separados, cada uno de los cuales constituirá una ley fundamental propia. Los capítulos se presentarán a la Knesset [...] Y todos los capítulos se consolidarán en la Constitución del Estado".

³ CA 6821/93 *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village* [1995], IsrSC 49(4) 195.

⁴ HCJ 98/69 *Bergman v. The Minister of Finance* [1969] IsrSC 23(1) 693.

estrictamente la tradición de la soberanía parlamentaria. En efecto, incluso en el mencionado asunto *Bergman*, el resultado de la sentencia del Tribunal de Justicia no fue la nulidad de la ley en cuestión, sino un mandato judicial contra su aplicación por el ejecutivo.⁵

La revolución constitucional llevó a Israel de la tradición de la soberanía parlamentaria a un modelo constitucional y al concepto de revisión judicial de las leyes, tanto materiales como procesales. Por tanto, la historia constitucional israelí es bastante única, ya que aplica la revisión judicial de la legislación al estilo estadounidense, sin embargo, sus leyes básicas constitucionales se promulgan a través de procedimientos legislativos ordinarios, al estilo británico. A falta de una norma constitucional explícita, el reconocimiento de las facultades de revisión judicial de la Corte en 1995 fue recibido con reacciones políticas mixtas. La Knesset no reaccionó a la resolución del *Banco Mizrahi* con nuevas leyes básicas, no estuvo a la altura del desafío con el que la Corte lo presentó en esa sentencia monumental. La Corte optó por dejar una serie de preguntas constitucionales sin resolver para la legislatura, pero la Knesset no las respondió. Este resultado parece haberse debido a razones políticas. Incapaz de resolver cuestiones políticas clave, en particular las relativas a cuestiones estatales y religiosas, la Knesset a menudo consideró conveniente remitirlas a la Corte Suprema. Sin embargo, la revisión judicial es objeto de un animado y a menudo acalorado debate político y público, y ha sido severamente criticada por la Knesset y en el mundo académico.⁶ Como resultado, tal vez, la anulación de leyes por parte de la Corte Suprema sea particularmente restringida.

A pesar de las duras críticas de sus oponentes, la revolución constitucional fue aceptada por los actores políticos en las décadas posteriores a la

⁵ Véase un mandato similar en HCJ 246/81 *Agudat Derech Eretz v. Rashut Hashidur* [1981] IsrSC 35(4) 1. Más tarde, en casos similares, la sentencia del Tribunal se convirtió en una declaración de nulidad. Véase, por ejemplo HCJ 142/89 *Laor Movement v. the Chairperson of the Knesset* [1990] IsrSC 44(3) 529.

⁶ Navot, *supra* nota 1, at 148-151; Jacobsohn, Gary Jeffrey y Roznai, Yaniv, *Constitutional Revolution*, 2020.

sentencia del *Banco Mizrahi*. La Knesset, de hecho, aceptó la idea de que tiene límites constitucionales y considera estos límites durante el procedimiento legislativo.

El hecho de que no se elaborara una constitución al momento del establecimiento del Estado tuvo una inmensa influencia en el derecho constitucional de Israel. Muchos de los que cuestionaron el contenido de la constitución en los primeros días todavía están con nosotros hoy. La lucha en curso entre facciones seculares y religiosas sobre cuestiones como los derechos humanos, el estatus y los derechos de las minorías en Israel, los principios básicos que deberían estar anclados en la constitución y quién debería salvaguardarlos, así como el tema de la revisión judicial, no son sólo legados del pasado, siguen siendo temas de actualidad hoy en día. En la actualidad, Israel carece de un amplio consenso sobre numerosos arreglos, particularmente aquellos que se refieren a cuestiones estatales y religiosas. A pesar del importante movimiento constitucional de 1992 y la transición de una Knesset con soberanía parlamentaria ilimitada a un régimen constitucional, la constitucionalización de los derechos humanos todavía está plagada de la "decisión de no decidir".

B. El Tribunal Supremo de Israel, su estructura institucional y competencias

El Tribunal Supremo es el tribunal más alto del Estado de Israel y desempeña dos funciones: es tribunal de casación de resoluciones dictadas por los tribunales de distrito y, por lo tanto, se pronuncia sobre asuntos civiles, administrativos y penales. Además, se sienta como el Tribunal Superior de Justicia (HCJ) y escucha las peticiones contra las autoridades estatales y otros tribunales y, tras la revolución constitucional en los años 1990, tiene el poder de revisión judicial de las normas legislativas que son incompatibles con las normas "constitucionales". El HCJ escucha peticiones sobre la legislación de la Knesset y las decisiones administrativas como la primera instancia de revisión, y su modelo de revisión constitucional está muy cerca de una revisión "abstracta". Si bien nos

centramos aquí en el papel de la Corte Suprema en la revisión constitucional de las normas, es bueno recordar que, dado que sirve como tribunal de apelaciones de primera instancia para casos civiles, administrativos y penales que comienzan a nivel de tribunal de distrito, su función de revisión constitucional es numéricamente minúscula en comparación con sus otras funciones. Mientras que la Corte Suprema concluye alrededor de 9.000 casos al año, ha declarado inconstitucionales solo 22 piezas de legislación (principalmente secciones específicas) desde la revolución constitucional (1995) y hasta hoy (2022).⁷

Además del papel constitucional de la Corte en la revisión de la constitucionalidad de la legislación primaria de la Knesset, en la que nos centramos aquí, también tiene un papel constitucional en otros asuntos. Como el tribunal más alto del país, y como primera instancia en la audiencia de peticiones contra las autoridades estatales, también tiende a tener la última palabra judicial al revisar y posiblemente declarar la invalidez de la legislación secundaria promulgada por el Gobierno, por inconsistencia con las leyes o leyes básicas. También tiene la última palabra sobre la interpretación de las leyes fundamentales y los poderes que otorgan a los órganos del Estado, a menudo en el contexto de procesos administrativos que revisan la legalidad de las acciones de las autoridades estatales. Según la Ley Básica: el Poder Judicial, los precedentes de la Corte Suprema vinculan a todos los tribunales del país.

El HCJ fue el resultado de un proceso histórico, accidental y no planificado que creó una situación inusual, en la que ciertas quejas (quejas administrativas de personas perjudicadas por las autoridades gubernamentales) se presentan directamente ante la Corte Suprema. Durante el período del Mandato Británico (hasta 1948), los tribunales inferiores (magistrados y tribunales de distrito) estaban compuestos abrumadoramente por jueces locales, judíos o árabes, mientras que el Tribunal

⁷ Lurie, Guy y Shany, Yuval, "Invalidations of Laws in Israel in a Comparative Perspective", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 49, 261, 2019.

Supremo estaba compuesto casi exclusivamente por jueces británicos. La política era que los jueces locales debían ocuparse de las cuestiones civiles y penales ordinarias, pero las controversias que pertenecían a las autoridades del Mandato debían ser escuchadas, de principio a fin, por los jueces del establecimiento británico. Por tanto, se determinó que la Corte Suprema debía ocuparse de las controversias administrativas.

Después de que se estableció Israel, esta estructura ya no era necesaria, pero la situación judicial no cambió, ya que el estado recién fundado decidió mantener las estructuras administrativas y legales del Mandato Británico en su lugar. En consecuencia, el Tribunal Supremo siguió funcionando como lo había hecho anteriormente, presidido únicamente por jueces israelíes.⁸ Pronto se convirtió en el centro del desarrollo de la justicia y los principios básicos de la democracia, principalmente el Estado de Derecho. A lo largo de los años, el HCJ ha demostrado su voluntad de confrontar al gobierno, incluso en cuestiones relacionadas con la seguridad. Se convirtió en un poderoso actor clave entre las autoridades gubernamentales, y desempeña un papel vital en la vida pública de Israel.

Quince jueces sirven en la Corte Suprema, que generalmente escucha casos en paneles de tres, a menos que el Presidente de la Corte decida ampliar el panel. Los procedimientos del HCJ difieren de otros tribunales. No escucha testimonios orales ni interroga a testigos, sino que basa sus decisiones en declaraciones juradas. Sus audiencias están destinadas a proporcionar un remedio inmediato. De conformidad con el artículo 15 de la Ley Fundamental: El Poder Judicial, el Tribunal Supremo puede conceder "medidas cautelares en aras de la justicia" en todos los asuntos que estén fuera de la jurisdicción de todos los demás tribunales. El HCJ está explícitamente autorizado a emitir *habeas corpus* y *mandamus*, prohibir órdenes de titulares legítimos de cargos públicos e incluso emitir

⁸ Sagy, Yair, "Supreme Authority: On the Establishment of the Supreme Court of Israel", 44 *Mishpatim – The Hebrew U. L. Rev.*, 7, 2013 [Hebrew].

órdenes a otros tribunales y a otros órganos e individuos con poderes judiciales o semijudiciales. Los límites de los poderes del HCJ están definidos de manera amplia y vaga, y el hecho de que sea fácilmente accesible y sus procedimientos sean simples y rápidos ha convertido al HCJ en el foro de reparación principal para los civiles que se sienten ofendidos por la acción del gobierno. Las quejas contra el gobierno se presentan directamente ante el HCJ, que sirve como la primera, última y única instancia de revisión judicial. Por lo tanto, cuando un ciudadano se siente perjudicado o tiene una queja en relación con el gobierno, él o ella va directamente al máximo órgano judicial en el Estado. Esta es una situación casi completamente única desde una perspectiva comparativa.

Los procedimientos para la revisión judicial de las leyes no están anclados en la ley. En tales casos, el HCJ sigue los procedimientos establecidos para la revisión de cualquier petición que se le presente en el Reglamento de Procedimiento del HCJ. Como elemento de los procedimientos de la Corte Suprema, la Corte puede emitir una orden judicial temporal que mantenga intacto el *statu quo ante*, hasta después de que finalicen los procedimientos. Por tanto, la aplicación de un estatuto revisado puede ser impedida por el HCJ, "congelado" hasta después de la decisión final del HCJ, como sucedió, por ejemplo, en el caso de la Ley de Regulación de Asentamientos de Judea y Samaria. Esa ley se promulgó en febrero de 2017 y las peticiones para anularla se presentaron casi de inmediato. En agosto de 2017, como parte de su procedimiento, el HCJ emitió una orden judicial temporal que impedía la aplicación de la ley. En diciembre de 2017, el HCJ decidió que nueve miembros de su bancada escucharan la petición, y la audiencia se celebró en junio de 2018. El Fiscal General declaró que ve la ley como inconstitucional y, por tanto, no defendió la ley en los tribunales, y en su lugar permitió que un abogado privado defendiera el caso del gobierno. El 9 de junio de 2020, con una decisión de mayoría de ocho a uno, el HCJ consideró que la ley era inconstitucional y declaró su invalidez por esta razón.⁹

⁹ HCJ 1308/17 *Silwad Municipio c. La Knesset* (9.6.2020).

Al igual que el modelo estadounidense de revisión judicial, Israel tiene una revisión judicial *a posteriori*, y los fallos no se basan en cuestiones abstractas de derecho, sino en problemas específicos planteados por los litigantes. Cualquier persona que alegue una violación de sus derechos protegidos por una norma legislativa puede presentar una petición "directa" ante el HCJ, impugnando la constitucionalidad de esa ley. Las peticiones directas pueden ser privadas, en protesta por la violación de un derecho personal, o públicas, cuando el peticionario representa a un grupo y argumenta que todo un sector de la población ha sufrido un daño. Inicialmente, el HCJ no reconocería las peticiones *de actio popularis*, pero a principios de la década de 1980 se hicieron intentos para persuadir a la Corte de que adjudicara cuestiones "públicas". Posteriormente, la Corte amplió el alcance de su revisión judicial y finalmente aceptó peticiones *de actio popularis*. En general, se acepta que el único tribunal autorizado para conocer de las peticiones directas en las que se pide la anulación de las leyes es el Tribunal Supremo, que actúa como Tribunal Constitucional, aunque también es posible la revisión judicial indirecta, incluso por parte de los tribunales inferiores, en ausencia de disposiciones en contrario. Esto, sin embargo, no sucede con frecuencia. Un ejemplo de este raro suceso ocurrió cuando un juez de la corte de magistrados invalidó una sección de la Ordenanza del Impuesto sobre la Renta. Este caso (y algunos otros similares) fue la excepción de la revisión judicial indirecta por parte de los tribunales inferiores.¹⁰ Hoy en día, las peticiones que solicitan revisión judicial se presentan ante el HCJ, y son discutidas por un panel ampliado de nueve u once jueces.

Tras examinar los casi 30 años de experiencia transcurridos desde la revolución constitucional, la revisión judicial de la Corte de Justicia parece haber sido y ha seguido siendo bastante moderada. La Corte siempre ha tenido en cuenta las limitaciones institucionales y culturales.¹¹ Por tanto,

¹⁰ Aronson, Ori, "The Democratic Case for Diffuse Judicial Review in Israel", en Sapir, Gideon *et al* (eds.), *Israeli Constitutional Law in the Making*, 2013.

¹¹ Mautner, Menachem, "Protection of Liberal Rights Amidst a 'War of Cultures' (Kulturkampf) between Secular and Religious Groups", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 48, 125, 2018.

si bien la adjudicación ha sido extensa, la intervención judicial siempre ha sido bastante limitada. Como se mencionó anteriormente, el Tribunal de Justicia ha anulado unas 22 leyes (principalmente secciones específicas) en los últimos años desde 1995, casi todas a raíz de fallos judiciales en las que estas leyes menoscababan desproporcionadamente los derechos enumerados en las leyes fundamentales. La anulación de leyes por parte del HCJ es particularmente restringida, y aunque se han presentado muchas peticiones de revisión judicial (alrededor de 30 peticiones cada año que resultan en aproximadamente 20 procedimientos al año), la mayoría de estas peticiones han sido desestimadas. Su tasa es relativamente baja en comparación con otros tribunales supremos de derecho consuetudinario, con una tasa media de invalidación de alrededor de 5% en los casos en los últimos años.¹² El resultado más importante de la ampliación de los límites de la revisión judicial es el impacto en el comportamiento administrativo y legislativo. La influencia se expresa no necesariamente en la vía principal de corrección de injusticias mediante sentencias judiciales operativas. En muchos casos, la influencia judicial se refleja en el hecho de que las autoridades actúan a la "sombra" del potencial de la toma de decisiones judiciales en la materia.¹³

C. Los jueces

Como ya se ha señalado, son quince los jueces que sirven actualmente en la Corte Suprema. Los fallos de la Corte Suprema son definitivos, pero la Ley de Tribunales ofrece al Presidente de la Corte Suprema la opción de programar otra audiencia de un caso juzgado (civil, penal o HCJ) con un panel extendido cuando el tema en cuestión pueda tener amplias implicaciones públicas o legales, o cuando la sentencia original se desvíe de una resolución anterior cuya importancia requiera otra

¹² Lurie y Shany, *supra* nota 7.

¹³ Dotan, Yoav, *Lawyering for the Rule of Law: Government Lawyers and the Rise of Judicial Power in Israel*, 2014.

audiencia. En casos más excepcionales, el Presidente puede ordenar un nuevo juicio de los casos penales.

En Israel, el Poder Judicial es un órgano independiente que no forma parte del sistema político. "Los jueces no son elegidos por y no responden al pueblo de la manera en que los miembros de la legislatura son y lo hacen. Para ser nombrados, los jueces no están obligados a presentar una plataforma social que pretenden realizar en la sala del tribunal, y su mandato no termina cuando no cumplen con las expectativas de la gente. Ejerciendo la discreción judicial, los jueces no deben ser vistos como 'representadores' o 'responsables ante' el pueblo. Los jueces deben permanecer 'por encima de la política' y estar constantemente conscientes de esa posición".¹⁴

Los jueces de todos los tribunales, incluido el Tribunal Supremo, son seleccionados por un Comité de Nombramiento de Jueces, son nombrados por el Presidente del Estado y sirven hasta que alcanzan la edad de 70 años. El Comité de Nombramientos representa el concepto de "la combinación de poderes" —una noción de "controles y equilibrios"—en lugar de la separación de poderes.¹⁵ Visto como un baluarte que protege la democracia de Israel a través de su membresía equilibrada y el énfasis en los nombramientos profesionales y apolíticos, el Comité también se compromete con la diversidad judicial.¹⁶ En los últimos años se han producido presiones políticas sobre el proceso de nombramiento, así como

¹⁴ Barak, Aharon, *Parshanut Be'mishpat, Parshanut Hahakika* (Interpretation in Law, II Statutory Interpretation) 676-677 (1993) [Hebrew]. Cf. Shetreet, Shimon, "Developments in Constitutional Law: Selected Topics", *Israel Law Review*, vol. 24, 368, 1990.

¹⁵ El Comité está compuesto por nueve miembros: cinco de los cuales no forman parte del sistema político (a saber, tres jueces del HCJ, incluido el Presidente, y dos representantes del Colegio de Abogados de Israel) y cuatro políticos (dos miembros de la Knesset seleccionados por la Knesset, y dos miembros del gabinete, incluido el Ministro de Justicia, que actúa como Presidente del Comité). Por lo tanto, el Comité representa a los tres poderes del Estado. Un candidato para el nombramiento de juez debe ser seleccionado por la mayoría de los miembros del Comité (es decir, al menos cinco) y un candidato a la Corte Suprema debe obtener el voto de al menos siete miembros del Comité.

¹⁶ Salzberger, Eli, *Judicial Appointments and Promotions in Israel - Constitution, Law and Politics*, en Malleson, Kate y Russell, Peter (eds.), *Appointing Judges in the Age of Judicial Power: Critical Perspectives*, 2005.

sobre el Poder Judicial en general, tanto en los intentos de reformarlo (otorgando más poder a los funcionarios electos en el proceso) como en la presentación de consideraciones políticas en el proceso de nombramiento.¹⁷

La jurisprudencia israelí permite tanto opiniones disidentes como concurrentes y son una parte inherente de la sentencia.

D. El número y el fondo de las sentencias constitucionales

El número de casos que revisan la constitucionalidad de la legislación¹⁸ ha aumentado a lo largo de los años desde que el Tribunal Supremo comenzó a hacerlo en 1995. De unos 10 casos al año hasta 2010 a unos 20 casos al año desde entonces. Si bien la tasa de invalidaciones fue de alrededor del 10% en el periodo 2005-2009, desde entonces ha disminuido a alrededor del 5% de los casos.¹⁹ Como ya se ha señalado, desde la revolución constitucional de 1995, la mayoría de las invalidaciones se basaron en la decisión de que la ley o la sección de la ley en cuestión había infringido derechos, ya sea consagrados en la Ley Básica: Libertad de Ocupación (2 invalidaciones) o en la Ley Básica: Dignidad Humana y Libertad (19 invalidaciones), pero en un solo caso la invalidación se basó en un proceso legislativo defectuoso.²⁰

A partir de una encuesta que realizamos de casos constitucionales,²¹ las razones de la Corte Suprema para rechazar peticiones se han basado

¹⁷ Mordechay, Nativ y Roznai, Yaniv, "A Jewish and (Declining) Democratic State? Constitutional Retrogression in Israel", *Maryland Law Review*, 77, 244, 2017; Porat, Iddo, "Solving One-Side Polarization: Supreme Court Polarization and Politicization in Israel and the U.S.", *Law & Ethics of Human Rights*, 15, 221, 2021.

¹⁸ Este número es menor que el número de peticiones, ya que la Corte escucha regularmente varias peticiones en un solo asunto como un solo caso.

¹⁹ Lurie and Shany, *supra* nota 7.

²⁰ HCJ 10042/16, *Quintinski v. The Knesset of Israel* (Published in Nevo, 6 Aug. 2017).

²¹ Realizamos esta encuesta entre los recursos constitucionales presentados entre los años 1995 y 2021.

principalmente en el fondo: o no se había demostrado una violación del derecho (más del 10% de las peticiones rechazadas) o la ley en cuestión no infringía los derechos de manera desproporcionada (más del 40% de las peticiones rechazadas), la ley no era competencia del Tribunal debido a las condiciones establecidas en la Ley Básica o simplemente no había motivo de acción para que el Tribunal interviniera (alrededor del 10%). El resto de las peticiones fueron rechazadas por diversos requisitos de umbral, sobre los cuales profundizaremos en los siguientes apartados. En este apartado proporcionaremos una tipología de causas de actuación para las sentencias constitucionales.

I. Violación de los derechos consagrados en las leyes fundamentales

La causa de acción de casi todas las peticiones ante la Corte en asuntos constitucionales es una violación de una cláusula de la Ley Fundamental: Dignidad y Libertad Humanas o de la Ley Fundamental: Libertad de Ocupación. Estas dos leyes fundamentales, promulgadas en 1992 como ya se señaló, detallan algunos de los derechos humanos básicos comunes en otras jurisdicciones también: la libertad de ocupación, el derecho a la dignidad humana, a la vida y a la integridad corporal, el derecho a la propiedad, el derecho a la libertad, el derecho a salir y entrar libremente en Israel, y el derecho a la privacidad.²²

Dado que la legislatura no completó una declaración constitucional de derechos, las interpretaciones de la Corte ampliaron el derecho a la dignidad humana, permitiendo la revisión judicial de las leyes que dañan desproporcionadamente los derechos que no están enumerados en las leyes fundamentales. Las nuevas peticiones presentadas ante el HCJ pedían a la Corte que invalidara las leyes que eran inconsistentes con los derechos no escritos, como el derecho a la igualdad. En primer lugar, la Corte reconoció su facultad de anular esas leyes en principio, pero en

²² Ley Fundamental: Libertad de Ocupación; Ley Fundamental: Dignidad Humana y Libertad.

realidad no lo hizo. Por lo tanto, en el *caso Tal Law*, los peticionarios argumentaron que la ley que exime a los estudiantes de *yeshivá* del servicio militar violaba el principio de igualdad. El HCJ determinó que el derecho a la dignidad humana, tal como aparece en la Ley Fundamental: Dignidad y Libertad Humanas, incluye varios aspectos del derecho a la igualdad, en la medida en que están "estrechamente vinculados a la dignidad humana como autonomía de expresión de la voluntad privada, la libertad de elección y la libertad de acción y otros aspectos similares de la dignidad humana como derecho constitucional".²³ Eventualmente, la Corte decidió anular la Ley *Tal* porque perjudicaba desproporcionadamente el derecho a la igualdad.²⁴ El mismo razonamiento se aplicó en el *caso Adalah*.²⁵ Los peticionarios argumentaron que la ley perjudica los derechos fundamentales a la igualdad y a la vida familiar, a pesar de que estos derechos no estaban enumerados en ninguna ley básica. La Corte rechazó la petición en sí (por una escasa mayoría de seis a cinco), pero estableció que el derecho a la dignidad humana incluye aspectos del derecho a la igualdad. Los derechos al debido proceso y a la libertad de expresión fueron reconocidos de manera similar como parte de la Ley Fundamental: Dignidad Humana y Libertad. Por lo tanto, la interpretación constitucional de la Ley Fundamental: Dignidad Humana y Libertad permitió a la Corte ampliar el principio de dignidad e incluir los derechos no escritos.

Ambas leyes fundamentales constituidas en 1992 incluyen una cláusula de limitación idénticamente redactada que establece que los derechos en las leyes fundamentales sólo pueden ser infringidos "en una ley que esté de acuerdo con los valores del Estado de Israel, para un propósito digno, y en una medida que no esté más allá de lo necesario". En el mencionado caso del *Banco Mizrahi*, y en muchos casos desde entonces, el

²³ HCJ 6427/02 *The Movement for Quality of Government in Israel v. the Knesset* [2006], *IsrSC* 61(1) 619.

²⁴ HCJ 6298/07 *Ressler v The Knesset* (published by Nevo on 21 December 2012).

²⁵ HCJ 7052/03 *Adalah v The Interior Minister* [2006], *IsrSC* 71(2), 202.

Tribunal interpretó esta cláusula de limitación en el sentido de que exigía el análisis de proporcionalidad como metodología para inspeccionar la constitucionalidad de las leyes.²⁶ Y así, el Tribunal de Justicia, en su jurisprudencia, examina las supuestas infracciones de cualquiera de estas dos leyes fundamentales, de acuerdo con un conjunto de subpruebas que constituyen un análisis de proporcionalidad. De acuerdo con esta metodología, el Tribunal de Justicia inspecciona en primer lugar si la ley infringe un derecho protegido por una de las leyes fundamentales y, en segundo lugar, examina si la ley infringe el derecho de una manera justificable a través de las subpruebas de la doctrina de la proporcionalidad: la infracción es conforme a la ley y para un fin legítimo, y los medios en la ley están racionalmente conectados con el objetivo (prueba de idoneidad) y perjudican el derecho tan poco como sea posible (prueba de necesidad), y debe haber una proporcionalidad entre los efectos de las medidas que infringen el derecho y el objetivo (prueba de equilibrio o proporcionalidad estricta).²⁷

II. Infracción de los procedimientos legislativos

En Israel, el procedimiento para promulgar leyes no está consagrado en una Ley Fundamental, ni siquiera en la legislación regular. Más bien, sólo se detalla en el Reglamento de la Knesset. Como tal, la Corte revisa con gran moderación los casos que alegan que las leyes no se aprobaron con el proceso estipulado. Sólo los casos en que la falta infrinja el "corazón del procedimiento" pueden ser declarados nulos.²⁸ En otras palabras, el Tribunal de Justicia considera que el objetivo de este control

²⁶ La Ley Fundamental: Dignidad Humana y Libertad también incluye una cláusula que estipula que "la Ley Fundamental no resta valor a la validez de las leyes promulgadas antes de la promulgación de la Ley Básica" en 1992.

²⁷ Steiner, Talya, "Proportionality Analysis by the Israeli Supreme Court", en Kremnitzer, Mordechai *et. al.* (eds.), *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice* (, 2020. Cf. the Canadian standard formulation of the proportionality tests in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

²⁸ HCJ 4885/03 *The Organization for Raising Poultry in Israel v. the Government* [2004] IsrSC 59(2) 14. See also: Navot, Suzie, "Judicial Review of the Legislative Process", *Israel Law Review*, 39, 182, 2006.

jurisdiccional es proteger la democracia procedimental.²⁹ En un solo caso de este tipo, el caso de *Quintinski*, la Corte declaró la invalidez de una ley, debido a una "falla material en el procedimiento legislativo", en ese caso perjudicando el derecho de los miembros de la Knesset a participar en el proceso legislativo. En el caso *Quintinski*, la Corte estipuló que la Legislatura puede reiniciar el proceso legislativo desde el punto en que ocurrió la falta (lo que no sucedió y, por lo tanto, la ley nunca se aprobó).³⁰

III. Infracción del procedimiento necesario para controlar el sistema electoral

El tipo más antiguo de sentencia constitucional que revisa la legislación en Israel se remonta a 1969 y al caso *Bergman* antes mencionado, antes de la revolución constitucional de 1995. Este tipo de sentencia es la revisión procesal de las leyes que supuestamente infringen el carácter de las elecciones establecidas en el artículo 4 de la Ley Fundamental: la Knesset, sin la mayoría requerida en la Knesset necesaria para hacerlo: una mayoría de 61 miembros de los 120 miembros de la Knesset. Artículo 4 de la Ley Fundamental: la Knesset establece que "la Knesset será elegida en elecciones generales, nacionales, directas, iguales, secretas y proporcionales [...] Este artículo no puede ser cambiado excepto por la mayoría de los miembros de la Knesset". El artículo 46 de la Ley Fundamental establece que el término "cambio" en el artículo 4 significa cambio explícito o implícito. Por lo tanto, las leyes que cambiaron la forma de financiar públicamente a los partidos, profundizando la brecha entre la financiación de los nuevos partidos y los partidos ya representados en la Knesset, fueron revisadas por el Tribunal como infractoras de la estipulación de igualdad de elecciones del artículo 4. Del mismo modo, se examinaron de manera similar las cuestiones relativas al tiempo asignado

²⁹ Bar-Siman-Tov, Ittai, "The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process", *Boston University Law Review*, 91, 1915, 1971, 2011.

³⁰ HCJ 10042/16, *Quintinski v. The Knesset of Israel* (Published in Nevo, 6 Aug. 2017).

a los partidos en la televisión pública. En todas estas cuestiones, como se ha señalado, una vez que el Tribunal determinó que la ley en cuestión restaba explícitamente el principio de igualdad de elecciones, se centró en la cuestión del procedimiento seguido: si la ley fue votada por la mayoría requerida de los miembros de la Knesset.³¹

IV. Infracción de las cláusulas institucionales de las leyes fundamentales

Un tipo de sentencia raro y hasta ahora casi teórico implica una supuesta infracción por una ley de una cláusula institucional en una ley fundamental que no contiene una cláusula de limitación, es decir, todo el resto de las once leyes fundamentales, más allá de las dos básicas de 1992 que contienen una cláusula de limitación. Dado que las leyes básicas de Israel no contienen una cláusula que faculte explícitamente al Tribunal para revisar judicialmente la legislación de la Knesset (y estos poderes sólo fueron deducidos por la Corte sobre la base de las cláusulas de limitación de las dos leyes fundamentales de 1992), todavía no está claro cómo se aplicará dicha revisión en los casos en que un peticionario alegaría una infracción de una cláusula institucional, o para el caso incluso de un derecho, en una de las otras once leyes básicas. En uno de estos raros casos, el caso *Herut*, se presentó una petición al Tribunal Supremo contra una decisión del Presidente del Comité Electoral (encargado en Israel de gestionar las elecciones a la Knesset). Declaró que se opuso a la petición y deseaba confirmar la decisión del Presidente basada en el argumento de que el artículo 137 de la Ley Electoral impide cualquier apelación judicial contra las decisiones del Presidente. El Tribunal Supremo dictaminó que el artículo 137 de la Ley Electoral infringe el artículo 15 de la Ley Fundamental: el Poder Judicial,³² sección que otor-

³¹ Véase, por ejemplo, *Bergman case*, *supra* nota 4, y *Agudat Derech Eretz case*, *supra* nota 5.

³² El artículo 15(c) de la Ley Fundamental establece: "El Tribunal Supremo actuará también como Tribunal Superior de Justicia. Cuando así se reúna, deliberará sobre los asuntos en los que estime necesario proporcionar reparación en aras de la justicia, y que no estén bajo la jurisdicción de otro juzgado o tribunal".

ga al Tribunal Supremo amplios poderes de revisión judicial. Así pues, el Tribunal dictaminó que el artículo 137 de la Ley Electoral no limita las facultades del Tribunal Supremo enumeradas en la Ley Fundamental, sin tener en cuenta básicamente el artículo 137 en lo que respecta al Tribunal Supremo.³³

La misma cuestión se planteó incidentalmente en otros casos, particularmente en supuestas infracciones de las leyes de la Ley Fundamental: la Knesset. En esos casos, la Corte especuló que tal vez en el futuro examinaría la constitucionalidad de las violaciones de derechos consagrados en leyes fundamentales distintas de las dos leyes de 1992, "al importar" una cláusula de limitación judicial de las leyes fundamentales de 1992.³⁴ En otros casos, el Tribunal especuló implícitamente que tal vez las infracciones de las cláusulas institucionales de las leyes fundamentales distintas de las dos leyes de 1992 también pueden seguir una metodología similar, permitiendo únicamente infracciones que cumplan los requisitos de una cláusula de prescripción judicial, aunque el caso *Herut* mencionado anteriormente parece excluir la posibilidad de cualquier infracción en tales casos.³⁵ En otras palabras, la cuestión jurisprudencial todavía no está clara.³⁶

V. Enmiendas inconstitucionales de las leyes fundamentales

Una cuestión que también se planteó en la jurisprudencia del Tribunal Supremo es si puede revisar judicialmente una enmienda inconstitucional de una ley fundamental. Es decir, en algunos casos los peticionarios argumentaron ante la Corte que una nueva ley básica o enmiendas a las

³³ HCJ 212/03 *Herut v. the Chairperson of the Knesset*, [2003] IsrSC 57(1) 750.

³⁴ EA 92/03 *Mofaz v. the Chairperson of the Elections Committee*, [2003] IsrSC 57(3) 793.

³⁵ HCJ 1434/03 *Jane Doe v. the Disciplinary Court of the Public Servants of Haifa* [2003] IsrSC 58(1) 529.

³⁶ Barak, Aharon, "An Inferred (Judicial) Limitation Clause", en Barak, Aharon *et. al.* (eds.), *The Eliahu Mazza Book*, (, 2015 [Hebrew]).

leyes básicas existentes eran en sí mismas "inconstitucionales". La Corte revisó tales peticiones utilizando principalmente la doctrina del "abuso procesal" de los poderes constituyentes. Es decir, una norma regular, acorde con una ley ordinaria de la Knesset, se incorporó inapropiadamente en una ley fundamental. En varios de estos casos, la Corte emitió un "aviso de anulación", es decir, una advertencia emitida a la legislatura de que una parte similar de la legislatura en el futuro será declarada inválida.³⁷ La doctrina de la estructura básica,³⁸ por otro lado, no fue totalmente adoptada por la Corte Suprema, alegando la naturaleza incompleta de la incipiente Constitución de Israel. En un solo caso, la Corte mencionó que en casos futuros podría utilizar esta doctrina, pero sólo en los raros casos en que una enmienda a una ley básica infrinja el carácter democrático o judío de Israel.³⁹

E. Tipologías de los requisitos preliminares en los recursos de revisión judicial

Ninguna ley ordinaria o fundamental prescribe condiciones previas que deben cumplirse antes de que el HCJ pueda ejercer sus poderes. Tradicionalmente, sin embargo, el HCJ hizo de algunos requisitos de umbral una condición previa para escuchar una petición, lo que le permitió rechazar peticiones *in limine*. En términos generales, como se detalla en el presente documento, desde el decenio de 1980 la Corte ha disminuido el uso y la importancia de algunos de los requisitos tradicionales, como la legitimación y la justiciabilidad. Más recientemente, desde la década de 2010, la Corte utiliza los nuevos requisitos preliminares, como la doctrina de la madurez y la doctrina del "agotamiento de los recursos". En nuestro estudio aquí daremos algunos ejemplos, que no agotan ni el número de requisitos preliminares utilizados por el Tribunal.

³⁷ HCJ 5969/20 *Shafir v. the Knesset* (May 23, 2021). Véase Navot, Suzie y Roznai, Yaniv, "From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel", *Eur. J.L. Reform*, 21, 403, 2019.

³⁸ Véase, por ejemplo: Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, 2019.

³⁹ HCJ 5555/18 *MK Hasson v. the Knesset* (July 8, 2021).

I. Legitimación

Tradicionalmente, sólo los peticionarios con "legitimación", es decir, los peticionarios que se vieron afectados personalmente por una ley del gobierno, podían presentar una apelación contra ésta ante el HCJ.⁴⁰ Gradualmente, particularmente desde la década de 1980, el HCJ se ha vuelto más susceptible cuando se considera importante un asunto público, y ha estado dispuesto a intervenir, incluso si el apelante no ha mostrado ningún daño personal.⁴¹ Se puede generalizar diciendo que, si en el pasado la Corte no escuchaba una *actio popularis* excepto en asuntos extraordinarios, hoy con algunas excepciones está dispuesta a escuchar una *actio popularis*. Esta tendencia condujo inevitablemente a la creación de numerosas asociaciones públicas (ONG) que presentan peticiones ante el HCJ cada vez que algo les parece incorrecto. El juez Cheshin lo describió cínicamente en uno de sus fallos: "A modo de exageración, podríamos decir que hoy, la gente toma un periódico y, hojeando los artículos, encuentra algo que desaprueba y llama a sus amigos: 'Hagamos peregrinación a la Corte Suprema'. Luego escriben la petición en el auto".⁴²

Esta tendencia ha impactado a la sociedad israelí. A pesar de que el HCJ no tenía poderes para supervisar todas las decisiones gubernamentales y legislativas otorgadas por las leyes básicas, el público ha utilizado la Corte para obtener decisiones de política pública que no podían obtenerse por ningún otro medio. Este fenómeno mejoró y fortaleció gradualmente la posición de la Corte como actor político clave, lo que puede considerarse como la creación de un nuevo equilibrio de poder entre las ramas del Estado.

⁴⁰ HCJ 40/70 *Becker v. the Defense Minister* (1970).

⁴¹ HCJ 428/86 *Barzilai v. Government of Israel* (1986).

⁴² HCJ 2148/94 *Gelbert v. Hon. Supreme Court President* (1994).

II. Justiciabilidad

Desde el decenio de 1980, el nuevo enfoque de la Corte también ha abierto la revisión judicial de cuestiones que solían considerarse no justiciables, como las cuestiones estrictamente políticas.⁴³ Hoy en día, la Corte ha llegado a adoptar una postura públicamente controvertida de casi nunca aceptar un reclamo de no justiciabilidad,⁴⁴ aunque en la práctica todavía se abstiene de pronunciarse sobre cuestiones que cree que deberían ser decididas por funcionarios electos, como la legalidad de los asentamientos judíos en Cisjordania.⁴⁵ Por ejemplo, el HCJ ha aumentado su participación en los asuntos internos de la Knesset, las cuestiones políticas y las decisiones militares, y ha ampliado la aplicación de las normas constitucionales (como el principio de igualdad) a los órganos que no son organismos gubernamentales, incluidas las empresas de propiedad estatal o los organismos semipúblicos. Los decretos y fallos de la Corte Suprema de Justicia son obedecidos por todos los organismos gubernamentales y autoridades públicas. Esto es evidente por el hecho de que es muy inusual que se dicten sentencias de desacato a los tribunales contra tales órganos. Sin embargo, algunas decisiones son ferozmente discutidas en la arena pública, también por los políticos.

III. Requisitos preliminares temporales: la doctrina de la madurez, el agotamiento de los recursos y la petición retrasada

En la última década más o menos, tal vez como respuesta judicial a la crítica pública de la mencionada apertura del HCJ a los asuntos públicos, la Corte llega a confiar más en la doctrina de la madurez. Originaria

⁴³ Un ejemplo de un problema que antes se consideraba no justiciable era la discreción del Presidente sobre si otorgar a otro MK el mandato para formar un nuevo gobierno después de que el gobierno anterior perdiera un voto de censura. Véase HCJ 65/51 *Jabotinsky v. Weizmann* (1951), en «<https://versa.cardozo.yu.edu/opinions/jabotinsky-v-weizmann>».

⁴⁴ *Ressler v. Minister of Defence* [1988] IsrSC 42(2) 441, en: «<https://versa.cardozo.yu.edu/opinions/ressler-v-minister-defence>».

⁴⁵ HCJ 4481/91 *Bargil v. The Government* [1993], IsrSC 47(4) 210.

del derecho constitucional de los Estados Unidos,⁴⁶ la doctrina se desarrolló por primera vez en Israel en el derecho administrativo, pero desde entonces la Corte ha desarrollado la doctrina principalmente en la revisión de la legislación, particularmente en las leyes que aún no se ha aplicado. La doctrina de la madurez significa que la Corte no revisará la legislación que se alega que infringe los derechos humanos, si el asunto no está "maduro" para la decisión de la Corte, es decir, la Corte considera que carece de un conjunto concreto de hechos a la luz de los cuales podrá examinar los argumentos en contra de la ley que se estima inconstitucional.

Un ejemplo de ello fue el caso *The Sabah*, que se refería a una ley que permitía a las pequeñas aldeas revisar la "idoneidad" de las personas que deseaban vivir allí. Los peticionarios alegaron que sus derechos a la igualdad fueron infringidos por la ley, ya que llegaría a ser utilizada como una forma de discriminar a los grupos minoritarios. El Tribunal dictaminó que el caso no estaba maduro para su decisión, ya que en esta ley en particular la cuestión de su violación de derechos se basaba en si la aplicación de la ley infringía los derechos. Como explicó el juez Grunis en ese caso, el propósito de la doctrina de la madurez es limitar la naturaleza ya muy abstracta de la revisión judicial en Israel.⁴⁷

Encontramos al menos 14 casos desde 2010,⁴⁸ en los que la Corte se basó en la doctrina de la madurez para abstenerse de revisar la legislación. La doctrina de la madurez implica la discreción de la Corte sobre cómo llevar a cabo sus audiencias,⁴⁹ permitiendo la posibilidad de rechazar *in limine* peticiones que no permiten un análisis fáctico de si la ley en cuestión infringe, de manera no proporcional, un derecho protegido.

⁴⁶ Nichol, Gene R., "Ripeness and the Constitution", *University of Chicago Law Review*, 54, 153, 1987.

⁴⁷ HCJ 2311/11 *Sabah v. the Knesset* (Published in Nevo, 17.9.2014).

⁴⁸ Como se señaló, realizamos una encuesta entre los recursos constitucionales presentados entre los años 1995 y 2021.

⁴⁹ Bendor, Ariel L., "The Israeli Judiciary-Centered Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, 18, 730, 2020.

En los casos en que la Corte desee no decidir abstractamente, sino esperar un mayor desarrollo y aplicación de la ley, puede decidir no decidir. Incluso puede decidir monitorear el tema en lugar de rechazar la petición, en lo que se ha denominado "procedimientos de niñera".⁵⁰ A la luz de esto, se puede decir que la Corte tiene algo que ganar con la doctrina de la madurez.⁵¹ Deja al Tribunal la facultad discrecional de conocer de una petición aunque la petición sea "inmadura" en los casos en que lo considere apropiado, al tiempo que permite al Tribunal la posibilidad de abstenerse también de decidir en otros casos, preservando así sus recursos y legitimidad para los casos en que sea necesaria la intervención.

Otro requisito preliminar, que la Corte ha adoptado del derecho administrativo y que en los últimos años ha comenzado a utilizar en el derecho constitucional, es el *agotamiento de los recursos*. En un número muy reducido de casos en los últimos años, la Corte rechazó *in limine* las peticiones contra la constitucionalidad de las leyes por no intentar ponerse en contacto primero con el Fiscal General y la Knesset con sus quejas contra la ley. La Corte reconoce que este requisito no es apropiado en muchos casos y no debe exigirlo de manera estricta, ya que la petición contra la constitucionalidad de las leyes, cuando uno cree que las leyes son inconstitucionales, es a menudo el único recurso disponible. Dicho esto, la Corte también señaló que en algunos casos ayuda a exigir el agotamiento de los recursos con la agencia ejecutiva facultada para aplicar la ley, particularmente cuando la constitucionalidad de la ley está relacionada con su interpretación por parte de las agencias gubernamentales.⁵²

Si el agotamiento de los recursos y las doctrinas de madurez se centran en peticiones que en esencia se presentaron demasiado pronto, el requisito de "petición retrasada" se centra en las peticiones que se han presentado

⁵⁰ Bendor, Ariel L. y Segev, Joshua, "The Supreme Court as a Babysitter: Modeling Zubik v. Burwell and Trump v. International Refugee Assistance Project Rights", *Mich. St. L. Rev.*, 2018, 373, 2018.

⁵¹ Wattad, Mohammed S., "UPO: When the Doctrine of Ripeness Visited Israel", *Penn. St. J. L. & Int'l Aff.*, 9, 1, 2021.

⁵² AHCJ 912/21 *The Movement for the Quality of Government v. the Minister of Finance* (21.4.2021).

demasiado tarde. A lo largo de los años, hemos visto seis casos en los que la Corte rechazó *in limine* una petición contra la constitucionalidad de la legislación,⁵³ por haber sido presentada demasiado tarde. La Corte utiliza una amplia discreción para determinar cuándo una petición contra la constitucionalidad de la legislación es una "petición retrasada". Puede ser una demora subjetiva (no estaba justificada por parte del peticionario) o una demora objetiva (con respecto a circunstancias no relacionadas con el peticionario). Parece que la Corte considera que una petición se retrasa cuando el público se ha basado en la legislación pertinente durante años o los procesos legales ya están en curso sobre su base.⁵⁴

IV. Falta de una base fáctica

Uno de los requisitos preliminares más utilizados en contextos constitucionales es la "falta de una base fáctica". Encontramos al menos 11 casos en los que la Corte rechazó *in limine* peticiones contra la constitucionalidad de la legislación basada en este requisito. Este requisito también proviene del derecho administrativo. Es utilizado por la Corte cuando los peticionarios no basan sus argumentos legales en una base fáctica sólida. Como declaró la Corte en un caso, un peticionario que espera que la Corte declare la invalidez de una ley o una sección de la misma "debe pasar por el trabajo de presentar ante la Corte una base fáctica comprobada y no hacer las debidas especulaciones sobre posibilidades que pueden o no realizarse".⁵⁵

F. Efectos de las sentencias constitucionales: la doctrina de la nulidad relativa

Con respecto a los recursos constitucionales, la Corte puede derogar una ley o sólo ciertas secciones dentro de ella. El enfoque claramente israelí de la cuestión de los recursos constitucionales se centra en la "doctrina

⁵³ Como se señaló con anterioridad, realizamos una encuesta entre los recursos constitucionales presentados entre los años 1995 y 2021.

⁵⁴ HCJ 5991/10 "Ometz" v. the Knesset (Published by Nevo, 27.9.11).

⁵⁵ HCJ 4605/96 *The Estate of the Late Nahed v. the State of Israel* [1999], IsrSC 53(5) 577.

de la nulidad relativa", que otorga a la Corte una amplia discreción en este asunto.

La Corte discutió su modelo de recursos en casos constitucionales en el caso de la *Asociación para los Derechos Civiles en Israel*. Después de discutir los modelos de la ley "nula" (si la ley inconstitucional es nula, retroactivamente no tiene consecuencias legales desde su inicio) y la ley "anulable" (si la ley inconstitucional es anulable, sus efectos legales cesan desde el momento en que el Tribunal la declara inconstitucional), el juez Goldberg reveló una preferencia a la "doctrina de nulidad relativa" que separa la declaración de la Corte sobre la inconstitucionalidad de la ley, y los recursos y consecuencias de la sentencia.⁵⁶ Si bien en ese caso esta determinación no era necesaria para la sentencia y, por lo tanto, no se convirtió en un precedente judicial, en los años posteriores la Corte siguió en su jurisprudencia la doctrina contra la nulidad relativa. Esta doctrina, originada en el derecho administrativo israelí, otorga al Tribunal una amplia discrecionalidad en los recursos constitucionales una vez que dictamina que una ley es inconstitucional.⁵⁷ El Presidente del Tribunal Supremo, el juez Barak, dictaminó una vez: "la declaración de nulidad puede ser retroactiva (hasta la fecha de su creación), inmediata o prospectiva; puede ser retroactiva en un asunto (por ejemplo, la criminalidad de un comportamiento) e inmediata o prospectiva en otro asunto (por ejemplo, en sus consecuencias civiles)".⁵⁸

Así, en ocasiones, luego de concluir que una determinada ley es inconstitucional, la HCJ "suspende la nulidad", lo que posterga la aplicación de la sentencia y, por lo tanto, la ley "inconstitucional" sigue vigente. Este remedio evita la formación de un "vacío legislativo" y le da tiempo a la Knesset para introducir un arreglo legal diferente.⁵⁹ La anulación sus-

⁵⁶ HCJ 6652/96 *The Association for Civil Rights in Israel v. the Minister of the Interior*, [1998] IsrSC 52(3) 117.

⁵⁷ *Bendor*, *supra* nota 49.

⁵⁸ HCJ 5131/03 *Litzman v. the Chairperson of the Knesset* [2005] IsrSC 51(1) 577.

⁵⁹ Marzel, Yigal, "Suspending the Declaration of Invalidity", *Law & Government*, 9, 39, 2005 [Hebrew].

pendida se ha vuelto bastante común en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Un tipo diferente de recurso implica un "aviso de anulación". Este recurso es una decisión de la Corte que, si bien la ley en cuestión es inconstitucional, se abstiene, en el momento de su decisión, de anularla, en lugar de notificar a la legislatura a través de su fallo que la próxima vez que un caso de este tipo llegue a la Corte declarará la ley nula. Ya hemos aludido a este recurso en nuestra discusión de los fallos de la Corte en materia de enmiendas inconstitucionales a las leyes básicas.⁶⁰

Otro tipo de recurso utilizado por la Corte es la anulación retroactiva de los efectos de las leyes. Por ejemplo, la Corte ha ordenado en un caso la devolución de las multas pagadas por los manifestantes por violar una sección de las regulaciones de emergencia promulgadas en mitigación de la crisis de Covid-19, declaradas nulas por la Corte.⁶¹

Otro recurso ya mencionado anteriormente es la *medida cautelar*, temporalmente, que suspende los efectos de una ley examinada por el Tribunal. Como ya se ha señalado, la finalidad de la *medida cautelar* es preservar el *statu quo*, manteniendo pendiente el procedimiento del Tribunal. Como ya se ha señalado, en el caso de la Ley de Reglamentación de los Asentamientos de Judea y Samaria se dictó una orden judicial de ese tipo, que se suspendió temporalmente (el Tribunal de Justicia dictó una orden judicial temporal para suspender la aplicación de la ley), a fin de preservar los derechos de propiedad de los peticionarios hasta que finalizaran los procedimientos judiciales.⁶² La suspensión provisional de la aplicación de una ley es parte integrante del procedimiento de la Corte en todos los casos, y se basa en el Reglamento de Procedimiento de la Corte Suprema de Justicia, y no en la doctrina de la vacuidad relativa.

Por supuesto, la Corte tiene otras opciones correctivas que utiliza, incluso antes de (o en lugar de) declarar nula la ley bajo revisión. Lo más importante es que el Tribunal a menudo interpreta la ley de una manera

⁶⁰ Véase *The Shafir case*, *supra* nota 37.

⁶¹ HCJ 5469/20 *National Responsibility v. the Israeli Government* (April 4, 2021).

⁶² Véase *The Silwad Municipality case*, *supra* nota 9.

que mantiene su validez mientras la mantiene en línea con la ley básica. La "interpretación armoniosa" o "interpretación de defensa" es una poderosa herramienta hermenéutica en manos de la Corte para evadir la confrontación con la legislatura o para leer en los estatutos o fuera de ellos, lo que la Corte considera cláusulas problemáticas. El uso de la interpretación armoniosa por la evasión del conflicto puede ejemplificarse en el caso *Hasson* de la Corte. En ese caso, la Corte revisó la constitucionalidad de varias secciones de la Ley Fundamental: Israel como el Estado nación del Pueblo Judío. Como una forma de eludir una confrontación importante con la legislatura (actuando como el Poder Constituyente), la Corte dictaminó que en lugar de considerar que la Ley Fundamental infringía el derecho a la igualdad de la minoría árabe, uno debería verla a través de una interpretación armoniosa. A través de tal interpretación, la Ley Fundamental fue vista por la Corte de una manera que no puso en conflicto los lados judío y democrático del carácter de Israel.⁶³ Otro caso en cuestión, en el que el Tribunal de Justicia leyó palabras en una ley utilizando una interpretación armoniosa, es el caso *Ziud*. En ese caso, el Tribunal interpretó una ley que permitía al Tribunal Administrativo anular la ciudadanía israelí de una persona por cometer determinados delitos, a petición del Ministro del Interior. La ley permitía la anulación de la ciudadanía, únicamente en los casos en que a la persona se le proporcionara una "licencia de residencia". La Corte Suprema confirmó la ley, basándose en la interpretación que realizó de la norma de manera que confirmaría su validez, es decir, mediante la lectura en la ley de la palabra "permanente", agregándola a la estipulación sobre otorgar a la persona una "licencia de residencia" [permanente].⁶⁴ Por otro lado, la Corte también lee palabras fuera de las leyes, utilizando las mismas herramientas hermenéuticas. Por ejemplo, en el ya mencionado caso *Herut*, el Tribunal interpretó que el artículo 137 de la Ley Electoral no se aplicaba al Tribunal Supremo, por lo que no declaraba nulo el artículo, sino que superaba su problemático efecto constitucional, como lo consideraba el Tribunal.⁶⁵

⁶³ *MK Hasson case*, *supra* nota 39.

⁶⁴ HCJ AA 8277/17 *Alaa Ziud v. the Minister of the Interior* (July 21, 2022).

⁶⁵ *Herut case*, *supra* nota 33.

G. Conclusión

Las últimas décadas han visto un cambio de poder, principalmente de políticos electos a jueces no elegidos. A su vez, la revolución constitucional y el cambio en la posición de la Corte con respecto a las doctrinas de justiciabilidad y legitimación, la disposición de la Corte a examinar las peticiones sobre sus méritos, junto con las dificultades de la rama política para decidir sobre temas controvertidos han impactado en el papel de la Corte Suprema. El Tribunal Supremo se ha convertido en un órgano de supervisión dominante y eficaz. En esta capacidad, una nueva visión más amplia de la posición ha demostrado ser un poderoso mecanismo para que la Corte proteja el Estado de derecho y garantice la legalidad de las autoridades gubernamentales. Sus decisiones son seguidas, y en gran medida citadas, por todos los tribunales ordinarios. Sin embargo, el aumento del poder de la Corte, y el fortalecimiento de su capacidad para llevar adelante su papel de supervisión constitucional, ha tenido un precio: la reacción política de los últimos años.⁶⁶ Si bien la Corte ha permanecido restringida a través de los años transcurridos desde la revolución constitucional de 1995, todavía se ha encontrado bajo un ataque político que busca socavar su papel como guardián del constitucionalismo israelí. Quizás por esta razón, la Corte desarrolló en la última década nuevos mecanismos para "decidir no decidir", como la doctrina de la madurez.

H. Referencias

Barak, Aharon, *Parshanut Be'mishpat, Parshanut Hahakika* (Interpretation in Law, II Statutory Interpretation), Jerusalem, Nevo, 1993 [Hebrew].

Barak, Aharon, "An Inferred (Judicial) Limitation Clause", en Barak, Aharon *et al.* (eds.), *The Eliahu Mazza Book*, Srigim, Nevo, 2015 [Hebrew].

⁶⁶ Shinar, Adam *et al.* , "From Promise to Retrenchment: On the Changing Landscape of Israeli Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, 18, 714, 2020.

- Bar-Siman-Tov, Ittai, "The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process", *Boston University Law Review*, vol. 91, 1915, 2011.
- Bendor, Ariel L., "The Israeli Judiciary-Centered Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, 730, 2020.
- Bendor, Ariel L. y Segev, Joshua, "The Supreme Court as a Babysitter: Modeling *Zubik v. Burwell* and *Trump v. International Refugee Assistance Project* Rights", 2018 *Mich. St. L. Rev.*, 373, 2018.
- Dotan, Yoav, *Lawyering for the Rule of Law: Government Lawyers and the Rise of Judicial Power in Israel*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- Jacobsohn, Gary Jeffrey *et. al.*, *Constitutional Revolution*, New Haven, Yale University Press, 2020.
- Lurie, Guy y Shany, Yuval, "Invalidations of Laws in Israel in a Comparative Perspective", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 49, 261, 2019.
- Marzel, Yigal, "Suspending the Declaration of Invalidity", *Law & Government*, vol. 9, 39, 2005 [Hebrew].
- Mautner, Menachem, "Protection of Liberal Rights Amidst a 'War of Cultures' (Kulturkampf) between Secular and Religious Groups", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 48, 125, 2018.
- Mordechay, Nadiv y Roznai, Yaniv, "A Jewish and (Declining) Democratic State? Constitutional Retrogression in Israel", *Maryland Law Review*, vol. 77, 244, 2017.
- Navot, Suzie, "Judicial Review of the Legislative Process", *Israel Law Review*, vol. 39, 182, 2006.

- Navot, Suzie, *The Constitution of Israel- A contextual Analysis*, Hart Publishing, 2014.
- Navot, Suzie, *Constitutional Law of Israel*, The Hague: Kluwer law international, 2016.
- Navot, Suzie y Roznai, Yaniv, "From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel", *European Journal of Law Reform*, vol. 21, 403, 2019.
- Nichol, Gene R, "Ripeness and the Constitution", *University of Chicago Law Review*, vol. 54, 153, 1987.
- Porat, Iddo, "Solving One-Side Polarization: Supreme Court Polarization and Politicization in Israel and the U.S.", *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 15, 221, 2021.
- Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2019.
- Sagy, Yair, "Supreme Authority: On the Establishment of the Supreme Court of Israel", *Mishpatim — The Hebrew U. L. Rev.*, vol. 44, 7, 2013 [Hebrew].
- Salzberger, Eli, "Judicial Appointments and Promotions in Israel - Constitution, Law and Politics", en Malleson, Kate y Russell, Peter (eds.), *Appointing Judges in the Age of Judicial Power: Critical Perspectives*, Toronto, Toronto University Press, 2005.
- Shetreet, Shimon, "Developments in Constitutional Law: Selected Topics", *Israel Law Review*, vol. 24, 368, 1990.
- Shinar, Adam, "Accidental Constitutionalism: The Political Foundations and Implications of Constitution-Making in Israel", en Galligan,

Denis J. y Versteeg, Mila (eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

Shinar, Adam *et. al.*, "From Promise to Retrenchment: On the Changing Landscape of Israeli Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, 714, 2020.

Steiner, Talya, "Proportionality Analysis by the Israeli Supreme Court", en Kremnitzer, Mordechai *et al.* (eds.), *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

Wattad, Mohammed S., "'UPO': When the Doctrine of Ripeness Visited Israel", *Penn. St. J. L. & Int'l Aff.*, vol. 9, 1, 2021.

31. Los límites constitucionales de la toma de decisiones en la Suprema Corte de Filipinas

Dante Gatmaytan*

(Traducción de Gilberto Nava Hernández,
Juan Pablo Contreras Luna
y Luis Fernando Savin González)

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Filipinas. El autor desea agradecer a Samantha Chan y Rissa Nicole Lumba por su ayuda en la investigación y edición. Muchos de los materiales se derivan de dos libros escritos por el autor, Dante B. GatmaytaN, *Constitutional governance in the philippines: principles and structures* (2021) y Dante B. Gatmaytan, *Legal method essentials 4.0* (2020).

SUMARIO: A. Consideraciones Preliminares. B. Integración de la Suprema Corte. C. Competencias de la Suprema Corte en relación con el control de constitucionalidad de las leyes. D. Sentencias constitucionales. E. Tipología de las sentencias constitucionales. F. Ejemplos. G. Determinar los efectos de las sentencias constitucionales. H. Mantenerse dentro de los límites. I. Conclusiones.

A. Consideraciones Preliminares.

La Constitución filipina es una "constitución revolucionaria",¹ producto de la "revolución del poder popular" que destituyó al dictador Ferdinand Marcos. Además, la Constitución de 1987, que se adoptó posteriormente, formó parte del auge de la redacción de constituciones que alcanzó su cúspide a finales de la década de 1980 en lo que se conoce como la tercera ola de la democracia, ese momento en el que los líderes políticos y el pueblo de las décadas de 1970 y 1980 pusieron fin a los sistemas autoritarios y crearon otros democráticos.² La Constitución de 1987 es el producto del "constitucionalismo revolucionario" o el uso del proceso constituyente para intentar institucionalizar y llevar a buen puerto una revolución política.³ Esto brindó la oportunidad de rejuvenecer el Poder Judicial filipino, muy debilitado durante la era de Marcos.

¹ Nirmal Sengupta, *Towards New Democracy?*, 22 *Econ. Pol. Wkly.* 124, 124—5 (1987).

² Samuel P. Huntington, *How Countries Democratize*, 124 *Pol. Sci. Q.y.* 31, 31—69 (2009).

³ Stephen Gardbaum, *Revolutionary Constitutionalism*, 15 *Int'l J. Const. L.* 173, 173 (2017).

Durante la era autoritaria, la Suprema Corte se basó con frecuencia en la doctrina de la "cuestión política" para evitar la revisión de las decisiones presidenciales que centralizaban el poder o erosionaban los derechos. Según el derecho filipino, las cuestiones políticas eran "aquellas cuestiones que, según la Constitución, deben ser decididas por el pueblo en su capacidad soberana, o respecto a las cuales se había delegado plena autoridad discrecional al Poder Legislativo o Ejecutivo del gobierno". Durante la época de Marcos, esta doctrina operó como "una coartada para los jueces quiescentes y una barrera jurisdiccional para los más valientes".⁴

La Comisión Constitucional que redactó la Constitución de 1987 actuó para evitar regresar a estas prácticas.

La Constitución de 1987 amplía las ya muy conocidas competencias de la revisión judicial a cargo de la Suprema Corte, facultándola para determinar si "cualquier rama u órgano del gobierno" ha cometido un "grave abuso de discrecionalidad que suponga falta o exceso de jurisdicción". Además de ampliar los alcances de la revisión judicial, la Constitución de 1987 otorga a la Suprema Corte la facultad de promulgar normas sobre, entre otras cosas, "la protección y el cumplimiento de los derechos constitucionales, los alegatos, la práctica y el procedimiento en todos los tribunales", lo cual no tiene precedente en constituciones anteriores.⁵

B. Integración de la Suprema Corte

La Constitución de 1987 fue ratificada y entró en vigor el 2 de febrero de 1987. Al igual que en las Constituciones de 1935 y 1973, ésta mantuvo un sistema de gobierno republicano, pero enfatizó y creó más canales para el ejercicio de la soberanía del pueblo a través de la revocación, la iniciativa, el referéndum y el plebiscito.⁶ Debido a la amplia violación

⁴ *Id.* at 313-314.

⁵ *Id.* at 314.

⁶ Republic v. Sandiganbayan, G.R. No. 104768, 21 de julio de 2003.

de los derechos humanos durante la dictadura, la Constitución de 1987 contiene una Carta de Derechos que protege más celosamente las "libertades fundamentales del pueblo en la esencia de una democracia constitucional", en palabras del delegado de la Comisión Constitucional, P. Joaquín Bernas, S.J., declara en sus políticas estatales que "el Estado valora la dignidad de toda persona humana y garantiza el pleno respeto de los derechos humanos". Ello, aunado a que contiene un artículo independiente sobre la justicia social y los derechos humanos, en virtud del cual se creó la Comisión de Derechos Humanos.⁷

De acuerdo con el artículo VIII, sección 1, de la Constitución, el Poder Judicial recae en los tribunales. El Poder Judicial incluye el deber de los tribunales de justicia de resolver controversias que impliquen derechos que son legalmente exigibles y ejecutables y de determinar si ha habido o no un grave abuso de discrecionalidad que suponga una falta o exceso de jurisdicción por parte de alguna rama o instrumento del Gobierno. Esto es un antídoto y una red de seguridad contra el ejercicio caprichoso, déspota y opresivo del ejercicio del poder gubernamental.⁸

Cuando el Poder Legislativo o el Ejecutivo actúan dentro de los límites de su autoridad, el Poder Judicial no puede ni debe interferir con ellos. Pero cuando el Poder Legislativo o el Ejecutivo actúan más allá del ámbito de sus competencias constitucionales, el Poder Judicial tiene el deber de declarar nulo lo que los otros poderes del Estado han realizado u omitido hacer. Ésta es la esencia del Poder Judicial conferido por la Constitución.⁹

Funcionamiento

Sin embargo, no todas las decisiones de la Suprema Corte son decididas por los quince miembros. La Corte puede actuar en divisiones de tres,

⁷ *Republic v. Sandiganbayan*, G.R. No. 104768, 21 de julio 2003.

⁸ *Macabago v. Commission on Elections*, G.R. No. 152163, 18 de noviembre de 2002.

⁹ *Demetria v. Alba*, G.R. No. 71977, 27 de febrero de 1987.

cinco o siete miembros. Hoy, la Corte se reúne en tres divisiones compuestas por cinco jueces cada una. Sólo en algunos casos la Suprema Corte se reúne *en banc*. El Reglamento Interno de la Suprema Corte establece que la Corte *en banc* actuará sobre los siguientes asuntos y casos:

1. Casos en los que se cuestiona la constitucionalidad o validez de cualquier tratado, internacional o ejecutivo, ley, orden ejecutiva, decreto presidencial, proclamación, orden, instrucción, ordenanza o reglamento en cuestión;
2. Casos penales en los que la decisión apelada impone la pena de muerte o la *reclusión perpetua*;
3. Casos que plantean cuestiones de derecho novedosas;
4. Casos en los que están involucrados embajadores, secretarios y cónsules;
5. Casos relacionados con decisiones, resoluciones y órdenes de la Comisión de Servicio Civil, la Comisión Electoral y la Comisión de Auditoría;
6. Casos en los que la sanción recomendada o impuesta sea la destitución de un juez, la inhabilitación de un abogado, la suspensión de cualquiera de ellos por un periodo superior a un año, o una multa superior a cuarenta mil pesos;
7. Casos contemplados en el párrafo anterior y que impliquen la reincorporación a la judicatura de un juez destituido, la reincorporación de un abogado al registro de abogados o el levantamiento de la suspensión de un juez o de un abogado del ejercicio de la abogacía;
8. Casos que impliquen la disciplina de un miembro de la Corte, del Ministro Presidente, o de un Juez Asociado de la Corte de Apelaciones;
9. Casos en los que una doctrina o un principio establecido por la Corte *en banc* o por una división puede ser modificado o revocado;
10. Casos que impliquen decisiones contradictorias de dos o más divisiones;

11. Casos en los que no se pueden obtener tres votos en una división;
12. Casos de las divisiones en los que el tema tiene un gran impacto financiero en las empresas o afecta el bienestar de una comunidad;
13. De acuerdo con la Sección 11 (b) de la Regla 2 del A.M. No. 10-4-20- SC,⁶⁷ otros casos de la división que, en opinión de al menos tres Miembros de la División con derecho a voto y presentes, son apropiados para su transferencia a la Corte *en banc*;
14. Casos que la Corte *en banc* considere de suficiente importancia como para merecer su atención; y
15. Todos los casos que impliquen decisiones políticas en la supervisión administrativa de todos los tribunales y su personal.¹⁰

De acuerdo con el artículo VIII, sección 4 (1), de la Constitución, la Suprema Corte puede actuar *en banc* o, a su discreción, en divisiones de tres, cinco o siete miembros. Sin embargo, las divisiones de la Suprema Corte no deben considerarse como tribunales separados y distintos. Las acciones de cualquiera de estas divisiones y las decisiones son tomadas, en efecto, por la propia Corte. Las divisiones no deben considerarse como tribunales separados y distintos, sino como divisiones de la misma Corte.¹¹

Cada división de la Corte no es un órgano inferior a la misma *en banc*, ya que tiene la misma capacidad que la propia Corte *en banc*. La única limitación es que cualquier doctrina o principio de derecho establecido por la Corte, ya sea dictado *en banc* o en división, sólo puede ser superado o revocado por la Corte *en banc*.¹²

¹⁰ Véase David Lu v. Paterno Lu Yin, Sr., G.R. No. 153690, 15 de febrero de 2011. La enumeración es una combinación de la Circular de la Suprema Corte No. 2-89 (7 de febrero de 1989), modificada por la Resolución *En Banc* del 18 de noviembre de 1993, y las ampliaciones introducidas por la Resolución del 18 de enero de 2000 en el AM. No. 99-12- 08-SC sobre los casos y asuntos administrativos.

¹¹ People v. Dy, G.R. Nos. 115236-37 (Resolución), 16 de enero de 2003.

¹² Jones v. National Labor Relations Commission, G.R. No. 107729 (Acuerdo), 2 de marzo de 2016.

Es posible que las Divisiones de la Corte dicten sentencias contradictorias, en esos casos, la Suprema Corte *en banc* terminará con el desacuerdo y resolverá las cuestiones.¹³

La Suprema Corte tiene otras funciones que se enumeran en el artículo VIII de la Constitución:

SECCIÓN 5. La Suprema Corte tendrá las siguientes facultades...

(3) Asignar temporalmente a los jueces de los tribunales inferiores a otras adscripciones según lo requiera el interés público. Esta asignación temporal no podrá exceder de seis meses sin el consentimiento del juez en cuestión.

(4) Ordenar un cambio de sede o lugar del juicio para evitar un error judicial.

(5) Promulgar normas relativas a la protección y el cumplimiento de los derechos constitucionales, los alegatos, la práctica y el procedimiento en todos los tribunales, la admisión al ejercicio de la abogacía y a la barra de Abogados, y la asistencia jurídica a los desfavorecidos. Dichas reglas deben proporcionar un procedimiento simplificado y económico para la rápida resolución de los casos, serán uniformes para todos los tribunales del mismo grado y no disminuirán, aumentarán o modificarán los derechos sustantivos. Las reglas procesales de los tribunales especiales y de los órganos cuasi-judiciales permanecerán en vigor a menos que sean abrogados por la Suprema Corte.

(6) Nombrar a todos los funcionarios y empleados del Poder Judicial de acuerdo con la Ley de Servicio Civil.

SECCIÓN 6. La Suprema Corte administrará y supervisará a todos los tribunales y a su personal.

¹³ Cabuay, Jr. v. Malvar, G.R. No. 123780, 24 de septiembre de 2002.

C. Competencias de la Suprema Corte en relación con el control de constitucionalidad de las leyes

ARTÍCULO VIII

PODER JUDICIAL

Sección 1. El poder judicial estará constituido por una Suprema Corte y por los tribunales inferiores que establezca la ley.

El poder judicial incluye el deber de los tribunales de justicia de resolver controversias reales que implican derechos legalmente demandables y exigibles, y de determinar si ha habido o no un grave abuso de discrecionalidad que suponga una falta o exceso de poder por parte de cualquier rama u órgano del Gobierno.

La Constitución de 1987 amplió la jurisdicción de la Corte para incluir la determinación del "abuso grave de discreción que suponga falta o exceso de poder por parte de cualquier rama u órgano del Gobierno."

La ampliación se hizo debido a la insatisfacción con la práctica de la Corte de invocar frecuentemente la doctrina de la "cuestión política" durante el periodo de la ley marcial para eludir su deber.¹⁴

La Constitución de 1987 asignó a los tribunales poderes más amplios como consecuencia del servilismo del Poder Judicial al régimen de Marcos. Durante ese régimen, la Suprema Corte evitaba la confrontación con Marcos invocando la doctrina de la "cuestión política", argumentando que las cuestiones planteadas ante ella, antes debían ser decididas por otros poderes del Estado. La Constitución de 1987 eliminó esa opción y la Corte ha interpretado sus facultades de manera amplia. Las cuestiones

¹⁴ Véase *Macalintal v. Commission on Elections*, G.R. No. 157013, 10 de julio de 2003 (Puno, J. voto concurrente y disidente).

políticas son "aquellas cuestiones que, en virtud de la Constitución, deben ser decididas por el pueblo en su capacidad soberana, o con respecto a las cuales se ha delegado plena autoridad discrecional en el Poder Legislativo o Ejecutivo del gobierno".¹⁵ La Constitución de 1987 limita recurrir a la doctrina de la "cuestión política" y amplía el ámbito de la intervención judicial en áreas que la Corte, bajo las constituciones anteriores, habría dejado normalmente que los poderes políticos decidieran. No obstante, sigue habiendo cuestiones que escapan a la jurisdicción de la Corte y que deben ser resueltas por el Presidente, el Congreso o por el propio pueblo mediante un plebiscito o referéndum. Las Cortes no pueden cuestionar el reconocimiento de un gobierno extranjero por parte del Presidente, ni anular un indulto presidencial, ni modificar la Constitución con el pretexto de resolver un litigio que se someta a su consideración, porque esa facultad está reservada al pueblo.¹⁶

En cualquier caso, el concepto de "cuestión política" no impide la revisión judicial cuando el acto de un órgano constitucional vulnera un derecho fundamental individual o colectivo.¹⁷ Esta concesión de poder en virtud de la Constitución de 1987 no pretende otorgar al Poder Judicial un control desenfrenado sobre los demás poderes del Estado. Cuando se trata de cuestiones políticas, la Constitución limita el poder de los tribunales a la determinación de si ha habido o no un grave abuso de discrecionalidad que suponga una falta o un exceso de poder por parte del funcionario cuya actuación se cuestiona.

El abuso grave de la discrecionalidad es "simplemente [el] ejercicio caprichoso o descarado de la función judicial que es patente y amplio, equivalente tanto a una evasión del deber positivo o una negativa virtual a cumplir con un deber impuesto por la ley, o para actuar absolutamente de acuerdo con la ley, como cuando el poder se ejerce de manera arbi-

¹⁵ Tañada v. Cuenco, G.R. No. L-10520, 28 de febrero de 1957.

¹⁶ Marcos v. Manglapus, G.R. No. 88211, 15 de septiembre de 1989.

¹⁷ The Diocese of Bacolod v. COMELEC, G.R. No. 205728, 21 de enero de 2015.

traria y déspota en razón de la pasión o la hostilidad."¹⁸ Los tribunales, según esta definición, carecen de facultades para decidir directamente asuntos sobre los que se ha delegado plena autoridad discrecional a otros poderes del Estado. Pero si bien la Suprema Corte no está facultada para sustituir su juicio por el del Congreso o el del Presidente, sí puede analizar si el ejercicio de tales cuestiones se ha hecho con grave abuso de discrecionalidad. El otorgamiento de facultades al Poder Ejecutivo o al Legislativo no será necesariamente un impedimento para la función judicial porque el ejercicio irresponsable o el abuso de esa facultad puede dar lugar a una controversia judicializable.¹⁹

La supremacía judicial no es nunca superioridad judicial (ya que es igual que las otras ramas) o tiranía judicial (ya que se supone que es la rama menos peligrosa). Por el contrario, la supremacía judicial es la conciencia y la aceptación consciente y cautelosa del lugar que le corresponde en el esquema general de gobierno con el objetivo de afirmar y promover la supremacía de la Constitución. Así, siempre que la Corte ejerce su función de controlar los excesos de cualquier rama del gobierno, también tiene el deber de controlarse a sí misma.²⁰

D. Sentencias constitucionales

La revisión judicial de los actos de autoridad por cuestiones de inconstitucionalidad puede solicitarse a través de cualquiera de las acciones reconocidas por las cortes de justicia, no necesariamente en una demanda de carácter declaratoria. Dicha revisión puede realizarse en acciones penales, como en el caso *People v. Ferrer*, que implicaba la constitucionalidad de la ya desaparecida *Anti-Subversion law*, o en acciones ordinarias, como en el caso *Krivenko v. Register of Deeds*, que implicaba la constitucionalidad de las leyes que prohibían a los extranjeros adquirir tierras

¹⁸ Integrated Bar of the Philippines v. Zamora, G.R. No. 141284, 15 de agosto de 2000.

¹⁹ Integrated Bar of the Philippines v. Zamora, G.R. No. 141284, 15 de agosto de 2000.

²⁰ Dueñas, Jr. v. House of Representatives Electoral Tribunal, G.R. No. 185401, 21 de julio de 2009.

públicas. La cuestión constitucional, sin embargo, (a) debe ser planteada y presentada adecuadamente en el caso, y (b) su análisis debe ser necesaria para la resolución del caso, es decir, la cuestión de la constitucionalidad debe ser la propia *lis mota* presentada.²¹

La Corte resolvió que el recurso adecuado de una parte agraviada por una decisión de la CA es una petición de revisión en virtud de la Regla 45, que no es similar a una petición de *certiorari* en virtud de la Regla 65 del Reglamento de la Corte. La Corte explicó que, según lo dispuesto en la Regla 45 del Reglamento de la Corte, las decisiones, las órdenes finales o las resoluciones de la CA en cualquier caso, es decir, independientemente de la naturaleza de la acción o el procedimiento en cuestión, pueden ser recurrida ante la Corte mediante la presentación de una petición de revisión, que no sería sino una continuación del proceso de apelación sobre el caso de origen. Por otra parte, una acción civil especial en virtud de la Regla 65 es una acción independiente basada en los motivos específicos ahí previstos y, por regla general, no puede ser entendida como sustituto del recurso perdido de una apelación ordinaria, incluida la Regla 45.²²

Una acción civil especial bajo la Regla 65 es una forma limitada de revisión y es un recurso de última instancia. Es una acción independiente que sólo procede cuando no existe una apelación ni un recurso sencillo, rápido y adecuado en la ley ordinaria. *El certiorari* se usará únicamente para corregir errores de jurisdicción, no errores del procedimiento o errores en las conclusiones del tribunal inferior.²³

Es una doctrina establecida que una petición en términos de la Regla 45 se limita generalmente a una revisión de cuestiones legales. La Corte no es un juzgador de hechos. No es función de la Corte evaluar y reevaluar

²¹ *Planters Products, Inc. v. Fertiphil Corp.*, G.R. No. 166006, 14 de marzo de 2008.

²² *Heirs of Spouses Ventura v. Spouses Melchor*, G.R. No. 252468, 26 de agosto de 2020.

²³ *Dela Merced III v. Garcia-Fernandez*, G.R. No. 252837 (Aviso), 11 de noviembre de 2020.

las pruebas que ya han sido aprobadas por las cortes y tribunales inferiores, especialmente cuando sus conclusiones son consistentes, como en este caso. Las conclusiones de hecho de los órganos administrativos y cuasi-judiciales, como la NLRC y la LA, que han adquirido experiencia porque sus facultades se limitan a asuntos específicos, por lo general no sólo se respetan, sino que son definitivas cuando las confirma la Corte de Apelaciones.²⁴

Para que un tribunal pueda ejercer esta facultad, deben primero cumplirse ciertos requisitos. Éstos son:

1. Un caso o controversia actual que exija el ejercicio de la potestad jurisdiccional;
2. La persona que impugna el acto debe tener legitimación para impugnarlo; debe tener un interés personal y sustancial en el caso que está promoviendo, o haya sufrido o vaya a sufrir un perjuicio directo como consecuencia de su ejecución;
3. La cuestión de constitucionalidad debe plantearse en la primera oportunidad posible; y
4. La cuestión de la constitucionalidad debe ser la propia *lis mota* del caso.²⁵

El ejercicio de la facultad de la revisión judicial está sujeto a estos cuatro requisitos y a la *exigencia adicional* de que los tribunales sólo pueden resolver cuestiones de derecho puro.²⁶ Estas limitaciones, cuando se observan correcta y estrictamente, deberían ayudar a descongestionar la carga de trabajo de la Corte.²⁷

²⁴ Cavan v. Engracial, G.R. No. 249052 (Aviso), 10 de noviembre de 2020.

²⁵ García v. Executive Secretary, G.R. No. 157584, 2 de abril de 2009.

²⁶ La Corte Suprema no juzga hechos. La resolución de las cuestiones fácticas es función de los tribunales inferiores, cuyas conclusiones sobre estas cuestiones se reciben con respeto y son, de hecho, vinculantes para la Suprema Corte, con la única salvedad de ciertas excepciones que no se dan en la petición. Véase *Far East Bank & Trust Co. v. Court of Appeals*, G.R. No. 123569, 1 de abril de 1996.

²⁷ *Yaphockun v. Professional Regulation Commission*, G.R. Nos. 213314 & 214432, 23 de marzo de 2021. La Suprema Corte no es ajena a las propuestas de reformar radicalmente la estructura

La revisión judicial de los actos públicos por motivos de inconstitucionalidad puede realizarse a través de cualquiera de las acciones reconocidas por las cortes de justicia, no necesariamente en una demanda de cuestiones declaratorias. Dicha revisión puede realizarse en acciones penales, como en el caso *People v. Ferrer*, que implicaba la constitucionalidad de la ya abrogada *Anti-Subversion law*, o en acciones ordinarias, como en el caso *Krivenko v. Register of Deeds*, que implicaba la constitucionalidad de las leyes que prohibían a los extranjeros adquirir tierras públicas. La cuestión constitucional, sin embargo, (a) debe ser planteada y presentada adecuadamente en el caso, y (b) su estudio debe ser necesaria para la resolución del caso, es decir, la cuestión de la constitucionalidad debe ser la propia *lis mota* presentada.²⁸

I. Caso o controversia actual

I. Casos discutibles

Las cortes no están facultadas para actuar en un asunto si no hay un caso real o una controversia judicializable. Esta Corte no debe emitir opiniones consultivas ni resolver cuestiones teóricas. La regla es válida incluso cuando ha habido previamente un conflicto o reclamación legal, pero se convierte en discutible cuando un acontecimiento sobrevenido ha hecho que la cuestión legal sea inexistente. Cuando un caso ha pasado a ser discutible, ya no existe un conflicto de derechos que deba ser resuelto por las cortes.²⁹

El demandante Jorge Antonio Genaro J. Ejercito solicitó la anulación del Acta de Resolución No. 16-0115 de la Comisión Electoral, de fecha 1 de

judicial en un intento de liberar a la Corte de la acumulación de casos. Dichas propuestas surgen, tal vez, de la frustración de los ciudadanos por la lentitud en la toma de decisiones. Sin embargo, con todo respeto, no sería necesaria ninguna reforma si esta Corte se compromete a ser más prudente con el ejercicio de su competencia originaria aplicando estrictamente la doctrina de la jerarquía de los tribunales. *Gios-Samar, Inc. v. Department of Transportation and Communications*, G.R. No. 217158, 12 de marzo de 2019.

²⁸ *Planters Products, Inc. v. Fertiphil Corp.*, G.R. No. 166006, 14 de marzo de 2008.

²⁹ *Express Telecommunications Co., Inc. contra AZ Communications, Inc.*, G.R. No. 196902, 13 de julio de 2020.

marzo de 2016, en la medida en que denegó su solicitud de eliminación de su nombre de las boletas oficiales para las Elecciones del 9 de mayo de 2016.³⁰

El demandante argumentó que, a pesar de haber retirado a tiempo su certificado de candidatura el 1 de febrero de 2016, la Comisión Electoral le denegó su solicitud de eliminar su nombre de las papeletas sin fundamento legal. Planteó que el hecho de que la Comisión Electoral no eliminara su nombre de las papeletas causaría confusión entre los votantes debido a la similitud de su nombre con el de su padre.³¹

El demandante solicita que se le proteja de los efectos de dicha denegación.

Sin embargo, según la Corte, ya no puede conceder ninguna protección al demandante, independientemente del fondo de su argumento. Este caso se ha vuelto discutible y académico por la conclusión de las elecciones nacionales y locales del 9 de mayo de 2016.

2. Consolidación

Un caso está listo para ser judicializable cuando el acto gubernamental impugnado es una acción completa de tal manera que hay un efecto directo, concreto y adverso sobre el demandante.³²

Antes de que el Poder Judicial intervenga, el acto impugnado debe cumplir el requisito previo de que otra rama o ente gubernamental ya haya realizado el acto; el demandante haya sufrido inmediatamente o esté amenazado de sufrir un perjuicio debido al acto; y no encuentre más ayuda en otra rama o ente. La doctrina "no justifica que un tribunal se

³⁰ Ejército v. Comisión de Elecciones, G.R. No. 223300 (Aviso), 31 de mayo de 2016.

³¹ Ejército v. Comisión de Elecciones, G.R. No. 223300 (Aviso), 31 de mayo de 2016.

³² Confederation for Unity, Recognition and Advancement of Government Employees v. Abad, G.R. No. 200418, 10 de noviembre de 2020.

subrogue en la autoridad para resolver o interferir en una controversia cuya jurisdicción se encuentra inicialmente en un órgano administrativo"; más bien, se basa en la cortesía, el respeto y la conveniencia.

Un caso que ilustra la "consolidación" involucró proyectos de ley que abolían el Fondo de Desarrollo Judicial y lo reemplazaban con el "Fondo de Apoyo Judicial". Los fondos recaudados para el Fondo de Apoyo a la Judicatura propuesto se remitirían al tesoro nacional y el Congreso determinaría cómo se utilizarán los fondos.³³

El demandante Rolly Mijares solicitó la emisión de un *mandamiento judicial* para obligar a la Corte a ejercer su independencia judicial y su autonomía fiscal frente a la hostilidad percibida del Congreso.³⁴

En este caso, la Corte Suprema sostuvo que no había un caso o controversia real, explicando que "los alegatos ante este tribunal debían mostrar una violación de un derecho legal existente o una controversia que esté *consolidada* para la determinación judicial". La Corte explicó que el demandante estaba pidiendo a ésta que impidiera al Congreso aprobar leyes que eliminaran el Fondo de Desarrollo Judicial. La presentación de proyectos de ley está dentro del poder legislativo del Congreso y no están sujetos a la revisión judicial. Un proyecto de ley no produce efectos jurídicos hasta que se convierte en ley. Según la Constitución, el Poder Judicial tiene el mandato de interpretar las leyes. No puede especular sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un proyecto de ley que el Congreso puede o no aprobar. No puede pronunciarse sobre meras especulaciones o cuestiones que no están consolidadas para la determinación judicial. La petición, por tanto, no presenta ningún caso o controversia real que esté consolidada para la determinación de esta Corte".

³³ In Re Supreme Court Judicial Independence v. Judiciary Development Fund, UDK-15143 (Resolución), 21 de enero de 2015.

³⁴ In Re Supreme Court Judicial Independence v. Judiciary Development Fund, UDK-15143 (Resolución), 21 de enero de 2015.

II. La legitimación para demandar

La capacidad jurídica o *locus standi* se ha definido como un interés personal o sustancial en el caso, de manera que la parte ha sufrido o sufrirá un perjuicio directo como resultado del acto gubernamental que se impugna, alegando algo más que un agravio general. La esencia de esta cuestión de la legitimación es si una parte alega "tal interés personal tanto en el resultado de la controversia como para concretar esa adversidad que motiva la presentación de las cuestiones de las que depende la Corte para iluminar las difíciles cuestiones constitucionales". "A menos que una persona se vea perjudicada en cualquiera de sus derechos constitucionales por la aplicación de una ley u ordenanza, no tiene legitimación."³⁵

Los demandantes en esta Acción Civil Especial de Prohibición y *Mandamus* con Petición de Orden Preliminar y/u Orden de Restricción buscan prohibir a la Comisión Presidencial de Buen Gobierno (PCGG) que proceda a la venta en subasta programada para el 11 de enero de 1991 por Christie's of New York of the Old Masters Paintings de la platería de los siglos XVIII y XIX incautadas en Malacañang y el Museo Metropolitano de Manila y puestas en custodia del Banco Central.³⁶

Los demandantes alegan que, como ciudadanos filipinos, contribuyentes y artistas profundamente preocupados por la preservación y la protección de la riqueza artística del país, tienen personalidad jurídica para impedir que los demandados, el Secretario Ejecutivo y la PCGG, actúen en contra de su deber público de conservar las creaciones artísticas, tal y como establece la Constitución de 1987, en particular el artículo XIV, secciones 14 a 18, sobre Arte y Cultura, y la R.A. 4846 conocida como "Ley de Preservación y Protección de Bienes Culturales", que regula la preservación y disposición de los bienes culturales nacionales e impor-

³⁵ Corales v. República, G.R. No. 186613, 27 de agosto de 2013.

³⁶ Joya v. Presidential Commission on Good Government, G.R. No. 96541, 24 de agosto de 1993.

tantes. Los demandantes también fundamentan su caso en la premisa de que las pinturas y la platería son bienes públicos de propiedad colectiva de ellos y del pueblo en general para verlos y disfrutarlos como grandes obras de arte. Alegan que, con el acto no autorizado de la PCGG de vender las piezas de arte, los demandantes han sido privados de su derecho a la propiedad pública sin el debido proceso legal, en violación de la Constitución.³⁷

Los argumentos de los demandantes carecen de fundamento. Carecen de fundamento de hecho y de derecho. Ellos mismos alegan que las pinturas fueron donadas por personas privadas de diferentes partes del mundo a la Fundación del Museo Metropolitano de Manila, que es una sociedad sin ánimo de lucro y sin acciones creada para promover las artes no filipinas. La presidenta de la fundación era la ex primera dama Imelda R. Marcos, mientras que el presidente era Bienvenido R. Tantoco. Por lo tanto, la propiedad de estos cuadros pertenece legalmente a la fundación o corporación o a sus miembros, aunque el público ha tenido la oportunidad de ver y apreciar estos cuadros cuando se colocaron para su exposición.³⁸

Las piezas de plata antigua fueron regaladas al matrimonio Marcos por amigos y dignatarios de países extranjeros en sus bodas de plata, una ocasión personal para ellos. Cuando el gobierno revolucionario derrocó a la administración Marcos, estos cuadros y la platería fueron retirados de Malacañang y del Museo Metropolitano de Manila y trasladados al Museo del Banco Central. La confiscación de estas propiedades por parte del gobierno de Aquino no se entendió como que la propiedad de estas pinturas había pasado automáticamente al gobierno sin cumplir con los requisitos constitucionales y estatutarios del debido proceso y la justa compensación. Si estas propiedades ya fueron adquiridas por el gobierno, cualquier defecto constitucional o estatutario en su adquisición

³⁷ *Joya v. Presidential Commission on Good Government*, G.R. No. 96541, 24 de agosto de 1993.

³⁸ *Joya v. Presidential Commission on Good Government*, G.R. No. 96541, 24 de agosto de 1993.

y su posterior disposición debe ser planteado sólo por las partes correctas —los verdaderos propietarios de las mismas—, cuya facultad para recuperar emana de sus derechos de propiedad que están protegidos por los estatutos y la Constitución. Al no haber demostrado que son los propietarios legales de las obras de arte o que las piezas valoradas han pasado a ser de propiedad pública, los demandantes no poseen ningún derecho legal claro para cuestionar su supuesta disposición no autorizada.³⁹

III. Planteamiento en la Primera Oportunidad Posible

La primera oportunidad para plantear una cuestión constitucional significa plantearla en los alegatos ante un tribunal competente para que pueda resolverla, de manera que, si no se planteó en los alegatos ante un tribunal competente, no puede ser considerada en el juicio y, si no se consideró en el juicio, no puede ser considerada en la apelación.⁴⁰

En el caso *Umali v. Guingona, Jr.*,⁴¹ la cuestión de la constitucionalidad de la creación de la Comisión Presidencial de Lucha contra el Fraude y la Corrupción se planteó en la moción de reconsideración después de que el Tribunal Regional de Primera Instancia de Makati emitiera una decisión. En la apelación, el Tribunal no estudió la cuestión constitucional porque no se había planteado en los alegatos ante el tribunal de primera instancia. En ese caso, la Corte no ejerció el control judicial sobre la cuestión de constitucionalidad porque se planteó de manera extemporánea y no se alegó adecuadamente, por lo que no pudo ser considerada por la Corte en la apelación.

La primera oportunidad significa que la cuestión de inconstitucionalidad de la ley en cuestión debió haberse planteado de forma inmediata en

³⁹ *Joya v. Presidential Commission on Good Government*, G.R. No. 96541, 24 de agosto de 1993.

⁴⁰ *Estarija v. Ranada*, G.R. No. 159314, 26 de junio de 2006.

⁴¹ *Umali v. Guingona, Jr.*, G.R. No. 131124, 29 de marzo de 1999.

el procedimiento ante el tribunal inferior. En un caso, la Suprema Corte sostuvo que los demandantes debieron solicitar la anulación de las acusaciones de forma separada o la desestimación de los cargos en los procedimientos en los tribunales de primera instancia sobre la base de la inconstitucionalidad de una ley. Sin embargo, las actas muestran que los demandantes no iniciaron tales actuaciones en los procedimientos inferiores. No sobra precisar que esta Corte no puede admitir cuestiones sobre la invalidez de una ley cuando ello no se planteó específicamente, se insistió en ello y se argumentó adecuadamente.⁴²

La jurisprudencia filipina ha aplicado tradicionalmente el elemento de "primera oportunidad" de la revisión judicial *de forma vertical*, es decir, el argumento constitucional debe haberse planteado inmediatamente en cualquiera de los alegatos o procesos anteriores en el mismo caso. Pero esto no impide que la Corte adopte la *forma horizontal de la "primera oportunidad" observada en los Estados Unidos*, es decir, las cuestiones constitucionales deben ser preservadas planteándolas en la primera oportunidad después de que los motivos de impugnación se hagan evidentes. Dicho de otro modo, el umbral no es sólo si la primera oportunidad fue en los alegatos y procesos anteriores en el mismo caso, sino también si los motivos de la objeción constitucional ya eran evidentes cuando se estaba viendo un caso anterior relacionado con la misma cuestión y que implicaba al mismo solicitante.⁴³

⁴² Arceta v. Mangrobang, G.R. Nos. 152895 & 153151 (Resolución), 15 de junio de 2004. La jurisprudencia filipina ha aplicado tradicionalmente el elemento de "primera oportunidad" de la revisión judicial *de forma vertical*, es decir, el argumento constitucional debe haberse desde el principio en cualquiera de los alegatos o procesos anteriores en el mismo caso. Pero esto no impide que la Corte adopte de forma horizontal la "primera oportunidad" que rige en los Estados Unidos, es decir, las cuestiones de constitucionalidad deben ser preservadas planteándolas en la primera oportunidad después de que los motivos de inconformidad se hagan evidentes. Dicho de otro modo, el umbral no es sólo si la primera oportunidad fue en los escritos y procesos anteriores en el mismo caso, sino también si los motivos de inconformidad constitucional ya eran evidentes cuando se estaba viendo un caso anterior relacionado con la misma cuestión y que implicaba al mismo demandante en cuestión. Véase ANGKLA: Ang Partido ng mga Pilipinong Marino, Inc. v. Commission on Elections, G.R. No. 246816, 15 de septiembre de 2020.

⁴³ ANGKLA: Ang Partido ng mga Pilipinong Marino, Inc. v. Comisión de Elecciones, G.R. No. 246816, 15 de septiembre de 2020.

IV. La *lis mota* del caso

Lis mota significa literalmente "la causa del pleito o de la acción"; tiene su origen en el principio de separación de poderes y es una acepción de la presunción de validez concedida a los actos ejecutivos y legislativos como poderes iguales del Estado.⁴⁴

Esto significa que el demandante que alega la inconstitucionalidad de una ley tiene la carga de demostrar que el caso no puede resolverse a menos que la disposición materia de análisis de constitucionalidad que planteó sea inevitable. Si existe algún otro motivo en el que la Corte pueda basar su juicio, se adoptará esa vía y se evitará la cuestión de constitucionalidad. Así, para justificar la anulación de una ley, debe existir una infracción clara e inequívoca de la Constitución, y no una dudosa, especulativa o argumentativa.⁴⁵

El requisito de que una cuestión constitucional planteada oportunamente sea la *lis mota* del caso tiene su origen en dos principios constitucionales, que son:

1. El principio de deferencia; y
2. El principio de la prudencia razonable al anular un acto de un poder político co-igualitario del Estado.⁴⁶

El 11 de octubre de 2014, Jeffrey "Jennifer" Laude fue asesinado presuntamente por el marine estadounidense de 19 años L/CPL Joseph Scott Pemberton (Pemberton). El 15 de octubre de 2014, Marilou Laude (hermana del fallecido) presentó una denuncia por asesinato contra Pemberton ante la Fiscalía de la ciudad de Olongapo. El 22 de octubre

⁴⁴ Kalipunan ng Damayang Mahihirap, Inc. v. Robredo, G.R. No. 200903, 22 de julio de 2014.

⁴⁵ Kalipunan ng Damayang Mahihirap, Inc. v. Robredo, G.R. No. 200903, 22 de julio de 2014.

⁴⁶ Parcon-Song v. Parcon, G.R. No. 199582, 7 de julio de 2020.

de 2014, Pemberton fue detenido en Camp Aguinaldo, el cuartel general de las Fuerzas Armadas de Filipinas.⁴⁷

El 16 de diciembre de 2014 se emitió una orden de arresto contra Pemberton éste se entregó personalmente a la jueza Roline M. Ginez-Jabalde el 19 de diciembre de 2014, y luego fue procesado.⁴⁸

El mismo día, Marilou S. Laude presentó una moción urgente para obligar a las Fuerzas Armadas de Filipinas a entregar la custodia del acusado a la cárcel de la ciudad de Olongapo y una moción para permitir la cobertura mediática. "La [M]oción fue [programada] para audiencia de 22 de diciembre de 2014, a las 2 p.m." Según los demandantes, sólo pudieron notificar la Moción al abogado de Pemberton a través de correo certificado. En cualquier caso, afirman que también "entregaron una copia de la [M]oción personalmente... en la audiencia de la [M]oción."⁴⁹

El 23 de diciembre de 2014, la jueza Ginez-Jabalde negó la moción urgente de los demandantes por falta de mérito. También se denegó una Moción de Reconsideración.⁵⁰

Los demandantes argumentaron que la jueza no debió desestimar la Moción Urgente para obligar a las Fuerzas Armadas de Filipinas a entregar la custodia de los acusados a la cárcel de la ciudad de Olongapo "considerando que la Moción Urgente planteaba cuestiones de importancia trascendental y de interés público primordial". Los demandantes afirmaron que, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, en particular del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso

⁴⁷ Laude v. Ginez-Jabalde, G.R. No. 217456, 24 de noviembre de 2015.

⁴⁸ Laude v. Ginez-Jabalde, G.R. No. 217456, 24 de noviembre de 2015.

⁴⁹ Laude v. Ginez-Jabalde, G.R. No. 217456, 24 de noviembre de 2015.

⁵⁰ Laude v. Ginez-Jabalde, G.R. No. 217456, 24 de noviembre de 2015.

de Poder, tienen derecho de acceder a la justicia, lo que es "distinto de la facultad de los fiscales de enjuiciar [la] causa penal."⁵¹

La Suprema Corte desestimó el caso y sostuvo que el juez Ginez-Jabalde tenía la razón al denegar la moción urgente para obligar a las Fuerzas Armadas de Filipinas a entregar la custodia de los acusados a la cárcel de la ciudad de Olongapo, considerando el incumplimiento de las leyes procesales.⁵²

Pero aparte de las cuestiones procesales, la petición planteaba otra cuestión para disgusto de la Suprema Corte: "Declarar que el Acuerdo de Fuerzas Visitantes (entre Filipinas y los Estados Unidos) es inconstitucional en la medida en que menoscaba la facultad constitucional de la Suprema Corte de promulgar normas para la práctica ante él, incluidas las Reglas de Procedimiento Penal[.]" En su respuesta, la Corte sostuvo:

La constitucionalidad del Acuerdo sobre Fuerzas Visitantes no es la *lis mota* de esta petición. Los demandantes empezaron su demanda alegando que se había violado su derecho de acceso a la justicia, pero la terminaron con una petición de declaración de inconstitucionalidad del Acuerdo sobre Fuerzas Visitantes. Tratan de crear la conexión entre ambos afirmando que el Acuerdo sobre Fuerzas Visitantes impide el traslado de Pemberton a la cárcel de la ciudad de Olongapo, lo que supuestamente equivale a un menoscabo de la autoridad de esta Corte.

La Corte no se pronunció sobre la constitucionalidad del Acuerdo sobre Fuerzas Visitantes.

En otro caso, tres ciudades enviaron notificaciones de desalojo y demolición a los demandantes de conformidad con el artículo 28 (a) y (b) de la Ley de la República No. 7279 para dar paso a la construcción de

⁵¹ Laude v. Ginez-Jabalde, G.R. No. 217456, 24 de noviembre de 2015.

⁵² Laude v. Ginez-Jabalde, G.R. No. 217456, 24 de noviembre de 2015.

proyectos de infraestructura en las zonas ocupadas ilegalmente por los demandantes.⁵³

El artículo 28 (a) y (b) de la Ley de la República No. 7279 autoriza los desalojos y las demoliciones sin orden judicial cuando (1) personas o entidades ocupen zonas peligrosas como esteros, vías férreas, basureros, orillas de ríos, costas, vías fluviales y otros lugares públicos como banquetas, caminos, parques y patios de recreo; y (2) personas o entidades ocupen zonas en las que se vayan a ejecutar proyectos de infraestructuras gubernamentales con financiación disponible.⁵⁴

Los demandantes pretendían obligar al Secretario de Interior y Gobierno Local a obtener primero una orden judicial de desalojo y/o demolición antes de aplicar el artículo 28 (a) y (b) de la Ley de la República No. 7279.⁵⁵

Los demandantes argumentaron que las secciones 28 (a) y (b) de la Ley de la República No. 7279 violaron su derecho constitucional al debido proceso porque permiten los desalojos y las demoliciones sin ninguna orden judicial. Señalaron que la sección 6 del artículo 3 de la Constitución de 1987 prohíbe expresamente el menoscabo de la libertad de residencia a menos que exista una orden judicial. Añadieron que el artículo 28 (a) y (b) de la Ley de la República No. 7279 viola su derecho a una vivienda adecuada, un derecho universal reconocido en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 2 (a) de la Ley de la República No. 7279.⁵⁶

La Corte sostuvo que la constitucionalidad de la ley no era la *lis mota* del caso, diciendo que las demandas no demostraban la necesidad de

⁵³ Kalipunan ng Damayang Mahihirap, Inc. v. Robredo, G.R. No. 200903, 22 de julio de 2014.

⁵⁴ Kalipunan ng Damayang Mahihirap, Inc. v. Robredo, G.R. No. 200903, 22 de julio de 2014.

⁵⁵ Kalipunan ng Damayang Mahihirap, Inc. v. Robredo, G.R. No. 200903, 22 de julio de 2014.

⁵⁶ Kalipunan ng Damayang Mahihirap, Inc. v. Robredo, G.R. No. 200903, 22 de julio de 2014. Los peticionarios (sic) Los actores se quejaron además de que los demandados habían llevado a cabo anteriormente desalojos y demoliciones de manera violenta, en contra de la Sección 10, Artículo 13 de la Constitución de 1987.

examinar la constitucionalidad del artículo 28 (a) y (b) de la Ley de la República No. 7279. Además, dijo la Corte, ya se había pronunciado sobre la validez de los desalojos y las demoliciones sin orden judicial en un caso anterior en el que sostuvo que la posesión ilegal de la propiedad no debía obstaculizar el desarrollo de un proyecto de vivienda. La Corte también declaró que las demoliciones y desalojos pueden llevarse a cabo válidamente incluso sin orden judicial en los siguientes casos:

- (1) Cuando se trata de un bien expropiado... de conformidad con el artículo 1 del Decreto Legislativo No. 1315;
- (2) Cuando haya ocupantes ilegales en proyectos de reubicación del gobierno y ocupantes ilegales en cualquier parcela, apartamento o unidad de vivienda que sea propiedad de la NHA o esté administrada por ella, de conformidad con el artículo 2 del P.D. Presidencial No. 1472;
- (3) Cuando las personas o entidades ocupen zonas de peligro como esteros, vías férreas, basureros, orillas de ríos, costas, vías fluviales y otros lugares públicos como banquetas, carreteras, parques y patios de recreo, de conformidad con el artículo 28(a) de la R.A. No. 7279;
- (4) Cuando los proyectos de infraestructura gubernamental con financiación disponible están a punto de ser ejecutados de acuerdo con la Sección 28(b) de la R.A. No. 7279.
- (5)

E. Tipología de las sentencias constitucionales

I. La constitucionalidad de leyes

Cuando se alega de forma seria que un acto de una rama del Estado ha infringido la Constitución, se convierte no sólo en el derecho sino en el deber del Poder Judicial de resolver la controversia.⁵⁷ Cuando el efecto

⁵⁷ *Private Hospitals Association of the Philippines, Inc. v. Medialdea*, G.R. No. 234448, 6 de noviembre de 2018.

de una ley es inconstitucional, es nula. "Una ley puede ser declarada inconstitucional porque no está dentro de las facultades del poder legislativo el promulgarla; o crea o establece métodos o formas que infringen los principios constitucionales; o su propósito o efecto viola la Constitución o sus principios básicos".⁵⁸

La regla general es que una ley inconstitucional no es una ley; no confiere ningún derecho; no impone ningún deber; no ofrece ninguna protección; no crea ningún cargo; es una ley tan inoperante como si nunca hubiera sido aprobada.⁵⁹ La ley es eliminada de los libros de leyes y se considera que nunca existió. Las partes y todas las personas quedan vinculadas por la declaratoria de inconstitucionalidad, lo que significa que nadie podrá invocarla a partir de entonces ni los tribunales podrán aplicarla en casos posteriores. Es, en otras palabras, una nulidad total.⁶⁰

Este es el punto de vista plasmado en el artículo 7 del Código Civil, que establece que "cuando las cortes declaren que una ley es incompatible con la Constitución, la primera será nula y la segunda regirá. Los actos administrativos o ejecutivos, las órdenes y los reglamentos sólo serán válidos cuando no sean contrarios a las leyes o a la Constitución." La Constitución es suprema y primordial y cualquier acto legislativo o ejecutivo contrario a sus términos no puede sobrevivir.⁶¹

II. Leyes parcialmente inconstitucionales

Cuando una ley es parcialmente inconstitucional y es posible descartar la parte inconstitucional sin afectar a la parte válida, sólo se invalidará la parte inconstitucional de la ley.⁶² En otras palabras, si una ley contiene

⁵⁸ *Tawang Multi-purpose Cooperative v. La Trinidad Water District*, G.R. No. 166471, 22 de marzo de 2011.

⁵⁹ *Peralta v. Civil Service Commission*, G.R. No. 95832, 10 de agosto de 2002.

⁶⁰ *Aldovino v. Alunan III*, G.R. No. 102232, 9 de marzo de 1994.

⁶¹ Véase *Serano v. Philippine National Bank*, G.R. No. L-23127, 29 de abril de 1971.

⁶² *United States v. Rodríguez*, G.R. Nos. 13352-13355, 11 de octubre de 1918.

disposiciones inobjetable que pueden separarse de las que se consideren inconstitucionales, la Corte tiene el deber de declararlo así y mantener la ley en la medida en que sea válida.⁶³

El destino de una ley que ha sido declarada inconstitucional en parte (no es completamente inconstitucional) puede depender de si la ley contiene una "cláusula de separabilidad". Una cláusula de separabilidad es una expresión legislativa de la intención de que la nulidad de una disposición no invalide las demás disposiciones de la ley. Sin embargo, dicha cláusula no es determinante y los tribunales, a pesar de ella, pueden invalidar toda la ley cuando lo que queda, después de quitar la parte nula, no está completo y es viable.⁶⁴

Incluso si la ley contiene una "cláusula de separabilidad", toda la ley puede ser declarada inconstitucional. Según la Suprema Corte,

La regla general es que cuando una parte de una ley es inválida por ser contraria a la Constitución, mientras que otra parte es válida, la parte válida, si es separable de la inválida, puede mantenerse y aplicarse. La presencia de una cláusula de separabilidad en una ley crea la presunción de que el legislador pretendía separarla, y no la nulidad completa de la ley. Para justificar este resultado, la parte válida debe ser tan independiente de la parte inválida que sea justo suponer que el legislador la habría promulgado por sí misma si hubiera creído que no podía promulgar constitucionalmente la otra. Debe quedar lo suficiente para hacer una ley completa, inteligible y válida, que cumpla la intención legislativa. Las disposiciones nulas deben eliminarse sin provocar resultados que afecten al objetivo principal de la ley de forma contraria a la intención del legislador. El lenguaje utilizado en la parte inválida de la ley no puede tener ningún efecto legal o eficacia para ningún propósito, y lo que queda debe expresar la

⁶³ López v. Court of Appeals, G.R. No. 144573, 24 de septiembre de 2002.

⁶⁴ Film Development Council of the Phils. v. Colon Heritage Realty Corp., G.R. No. 203754 & 204418, 16 de junio de 2015.

voluntad legislativa independientemente de la parte nula, ya que la Corte no tiene poder para legislar.

La excepción a la regla general es que cuando las partes de una ley son mutuamente dependientes y están tan conectadas entre sí como condiciones, consideraciones, incentivos o compensaciones, se justifica la creencia de que el legislador las quiso como un todo, por lo que, la nulidad de una parte viciará el resto. Al hacer que las partes de la ley dependan, estén condicionadas o conectadas entre sí, el legislador pretendía que la ley se entendiera como un todo y no la habría promulgado si una parte es nula, en cuyo caso si algunas partes son inconstitucionales, todas las demás disposiciones así dependientes, condicionadas o conectadas deben caer con ellas.⁶⁵

Rara vez la Suprema Corte invalida una ley por completo debido a la falta de una cláusula de separabilidad.⁶⁶ Si una ley contiene disposiciones inobjetables que pueden separarse de las que se consideran inconstitucionales, la Corte tiene el deber de declararlo así y mantener la ley en la medida en que sea válida.⁶⁷

La cláusula de separabilidad sólo crea una presunción de que la ley es separable. La Corte se limita a considerarla como una ayuda para la construcción de la ley y no un mandato inexorable. Una cláusula de separabilidad no reviste a las partes válidas de inmunidad frente al efecto invalidante que la ley otorga a la mezcla inseparable de lo malo con lo bueno. La cláusula de separabilidad no puede aplicarse si produce un resultado absurdo. Si la separación de la ley va a frustrar la intención del legislador, la separación no tendrá lugar a pesar de la inclusión de una cláusula de separabilidad en la ley.⁶⁸

⁶⁵ Antonio v. Commission on Elections, G.R. No. 135869, 22 de septiembre de 1999.

⁶⁶ Véase *Cagayan Electric Power and Light Co., Inc. v. City of Cagayan de Oro*, G.R. No. 191761, 14 de noviembre de 2012.

⁶⁷ López v. Court of Appeals, G.R. No. 144573, 24 de septiembre de 2002.

⁶⁸ *Tatad v. Secretary of the Department of Energy*, G.R. Nos. 124360 y 127867 (Resolución), 3 de diciembre de 1997.

III. Interpretar el significado de las leyes

La interpretación de una ley por parte de la Suprema Corte constituye, en cierto modo, una parte de la ley creada fuera de la fecha en que se aprobó originalmente, ya que la interpretación de la Corte establece la intención legislativa actual que la ley así interpretada pretende alcanzar. La regla establecida es una reafirmación de la máxima jurídica *legis interpretatio legis vim obtinet*: "la interpretación de la ley adquiere fuerza de ley".⁶⁹

El artículo 8 del Código Civil de Filipinas establece que "[l]as decisiones judiciales que apliquen o interpreten las leyes o la Constitución formarán parte del sistema jurídico de Filipinas". Esta disposición adopta la doctrina de *stare decisis et non quita movere* (*estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido*).⁷⁰ La doctrina exige que los tribunales de un país sigan la norma establecida en una decisión de su Suprema Corte. Esa decisión se convierte en un precedente judicial que todos los tribunales del país deben seguir en casos posteriores.⁷¹

Un tribunal inferior no puede revocar o anular las decisiones u órdenes de un tribunal superior, especialmente de esta Corte, ya que hacerlo anularía el principio de jerarquía de los tribunales y anularía la esencia de la revisión. Una sentencia definitiva, aunque sea errónea, es vinculante para todo el mundo. Por lo tanto, es el deber de los tribunales inferiores obedecer las decisiones de esta Corte y rendir obediencia en su condición de cúspide de la jerarquía de los tribunales. "La modestia de los tribunales inferiores exige la comprensión consciente de la posición que

⁶⁹ *People v. Jabinal y Carmen*, G.R. No. L-30061, 27 de febrero de 1974. En otro caso, la Corte explicó la máxima en el sentido de que la interpretación que los tribunales competentes hacen de la ley escrita tiene fuerza de ley y se convierte, por así decirlo, en parte de la propia estatuta. Véase *Tsitung v. Republic*, G.R. No. L-20819 (Resolución), 21 de febrero de 1967.

⁷⁰ *Philippine Guardians Brotherhood, Inc. v. Commission on Elections*, G.R. No. 190529 (Resolución), 29 de abril de 2010.

⁷¹ *Philippine Guardians Brotherhood, Inc. v. Commission on Elections*, G.R. No. 190529 (Resolución), 29 de abril de 2010.

ocupan en la interrelación y el funcionamiento del sistema judicial de la nación".⁷²

La Suprema Corte es el árbitro final de todas las cuestiones jurídicas que se le plantean. La decisión de esta Corte constituye la decisión final del caso. La sentencia de esta Corte, cuando es final, vincula a los tribunales inferiores, y no al revés. Son los tribunales inferiores los que están obligados y no pueden alterar o modificar la doctrina.⁷³ Sólo hay una Suprema Corte cuyas decisiones deben orientar los fallos de todos los demás tribunales.⁷⁴ La Suprema Corte es la única que tiene autoridad para interpretar lo que significa la Constitución, y todas las personas están obligadas a seguir su interpretación.⁷⁵

IV. Las sentencias de la Suprema Corte como Leyes

Los tribunales no crean leyes. Las Cortes interpretan las leyes, pero no las promulgan; de lo contrario, violarían el principio de separación de poderes. La única función de los tribunales es aplicar o interpretar las leyes, especialmente cuando existen lagunas o cuando las ambigüedades complican algunas cuestiones, pero no tienen la tarea de legislar.⁷⁶ Los tribunales se limitan a la aplicación de la ley, sin tener el poder de permitirse emitir una legislación judicial o de invadir el campo político reservado por la Constitución para el Congreso y, a veces, para el Ejecutivo.⁷⁷

Sin embargo, las decisiones de la Suprema Corte son "leyes" por derecho porque interpretan lo que las leyes dicen o significan. A diferencia de las

⁷² Manila Electric Co. v. Philippine Consumers Foundation, Inc., G.R. No. 101783, 23 de enero de 2002.

⁷³ Presidential Decree No. 1271 Comitee v. De Guzman, G.R. Nos. 187291 & 187334, 5 de diciembre de 2016.

⁷⁴ Manila Electric Co. v. Philippine Consumers Foundation, Inc., G.R. No. 101783, 23 de enero de 2002.

⁷⁵ Carpio-Morales v. Court of Appeals, G.R. Nos. 217126-27, 10 de noviembre de 2015.

⁷⁶ Paggalain Haulers, Inc. v. Trajano, G.R. No. 133215, 15 de julio de 1999.

⁷⁷ Philippine Iron Mines, Inc. v. Abear, G.R. No. L-22555, 31 de octubre de 1967.

sentencias de los tribunales inferiores, que sólo vinculan a las partes en casos concretos, las decisiones de la Suprema Corte son "universales en su alcance y aplicación, y tienen el mismo carácter obligatorio".⁷⁸ Son precedentes judiciales vinculantes basados en la doctrina *stare decisis*.⁷⁹

V. Opiniones disidentes

La Constitución, en su artículo VIII, sección 13, establece:

SECCIÓN 13. Las conclusiones de la Suprema Corte en cualquier caso que se le someta para su decisión *en banc* o en división se alcanzarán mediante votación antes de que el caso se asigne a un Miembro para la redacción de la opinión de la Corte. Se expedirá una certificación para tal efecto, firmada por el Ministro Presidente, que se adjuntará al expediente del asunto y se notificará a las partes. Cualquier miembro de la Corte que no participó, disienta o se abstenga de votar en un fallo o resolución deberán motivar su decisión. Los mismos requisitos serán observados por todos los tribunales inferiores.

Por mandato constitucional, las decisiones, resoluciones u órdenes de las cortes colegiadas deben tener las opiniones concurrentes o disidentes que se separen de la opinión mayoritaria antes de ser promulgadas. Hay dos razones por las que se debe seguir este principio:⁸⁰

1. Ambas partes merecen conocer todas las opiniones de los miembros de la Corte colegiada, tanto de aquellos que votaron con la mayoría, como de quienes votaron en minoría o no concuerdan con las razones de la mayoría, especialmente la parte perdedora que decide recurrir a un tribunal superior.

⁷⁸ Philippine Veterans Affairs Office v. Segundo, G.R. No. 51570, 15 de agosto de 1988.

⁷⁹ Valenzuela Hardwood and Industrial Supply, Inc. v. Court of Appeals, G.R. No. 1 02316, 30 de junio de 1997.

⁸⁰ Tan v. Commission on Elections, G.R. No. 166143-47, 20 de noviembre de 2006.

2. Si las opiniones minoritarias no se adjuntan a la opinión principal, las partes tendrán dificultades para entender la disertación en la *ponencia* de la mayoría que abordó los puntos planteados y las razones presentadas en las opiniones separadas, más particularmente en la opinión disidente.⁸¹

Sin embargo, las opiniones discrepantes no crean doctrina y no pueden ser citadas como precedentes. Las opiniones disidentes no son ejecutables. "No hay nada que hacer con una opinión disidente, ya que no afirma ni anula ninguna pretensión, derecho u obligación, ni dispone ni concede nada; simplemente expresa las opiniones del disidente".⁸² Sólo la opinión mayoritaria puede ser objeto de un recurso o de una acción civil especial, pero nunca la opinión disidente.⁸³ Los tribunales citan la opinión mayoritaria como precedente, no las opiniones disidentes solitarias.⁸⁴

Una opinión disidente no puede ser objeto de una apelación o de una acción civil especial. En *Ruiz v. Ucol*,⁸⁵ la Corte argumentó que "es totalmente inexplicable cómo un miembro de la barra puede ser tan descuidado o, si el acto fue deliberado, puede tener el valor de presentarse ante esta Corte pidiendo que revisemos una opinión disidente. Se advierte al abogado que su error no nos hace la menor gracia."⁸⁶

Los puntos de vista expresados en las opiniones discrepantes pueden convertirse en doctrina si la Suprema Corte los adopta en futuras decisiones. En *People v. Sapla*,⁸⁷ por ejemplo, la Suprema Corte sostuvo que los casos que dependen exclusivamente de una denuncia anónima no

⁸¹ *Tan v. Commission on Elections*, G.R. No. 166143-47, 20 de noviembre de 2006.

⁸² *Tolenlino v. Ongsiako*, G.R. No. L-17938, 30 de abril de 1963.

⁸³ *Ruiz v. Ucol*, G.R. No. L-45404, 7 de agosto de 1987.

⁸⁴ *In re: Allegations Contained in the Column of Mr. Amado P. Macaset Published in Malaya dated September 18, 19, 20 and 21, 2007*, A.M. No. 07-09-13-SC, 8 de agosto de 2008.

⁸⁵ G.R. No. L-45404, 7 de agosto de 1987.

⁸⁶ G.R. No. L-45404, 7 de agosto de 1987.

⁸⁷ G.R. No. 244045, 16 de junio de 2020.

verificada *no puede implicar una causa probable* que permita un registro sin orden judicial de un vehículo en movimiento que vaya más allá de un registro visual "debería ser la línea de jurisprudencia predominante".⁸⁸ Esta sentencia citaba una opinión disidente en el caso *People v. Bagista y Bangco*,⁸⁹ porque está "más en consonancia con el precepto constitucional básico de que la Carta de Derechos ocupa una posición de primacía."⁹⁰

VI. Opiniones Separadas

Un voto particular es la expresión del punto de vista individual de un juez al margen de la conclusión sostenida por la mayoría de esta Corte. Incluso los estudiantes de primer año de Derecho saben que un voto particular no tiene efecto vinculante. Esta Corte puede adoptar en un caso posterior los puntos de vista de una opinión separada, pero la parte que lo invoque tiene la carga de demostrar a la Corte que la discusión que se da en ella es el análisis legal correcto que debe regir.⁹¹

F. Ejemplos

Acto Inconstitucional del Presidente

Un caso que ilustra el ejercicio de la revisión judicial por parte de la Suprema Corte es el caso de 1965 de *Peláez v. Auditor General*.⁹²

En ese caso, el Presidente de Filipinas emitió órdenes ejecutivas por las que se creaban 33 municipios entre el 4 de septiembre y el 29 de octubre de 1964. Emmanuel Pelaez, el Vicepresidente, presentó una demanda contra el Auditor General, para impedirle que pasara en auditoria cual-

⁸⁸ G.R. No. 244045, 16 de junio de 2020.

⁸⁹ G.R. No. 86218, 18 de septiembre de 1992.

⁹⁰ G.R. No. 244045, 16 de junio de 2020.

⁹¹ *Falcis III v. Civil Registrar General*, G.R. No. 217910, 3 de septiembre de 2019.

⁹² *Pelaez v. Auditor General*, G.R. No. L-23825, 27 de diciembre de 1965.

quier gasto de fondos públicos en aplicación de dichas órdenes ejecutivas y/o cualquier gasto de dichos municipios.⁹³

La Sección 10 (1) del artículo VII de la Constitución establecía que "El Presidente tendrá el control de todos los departamentos, oficinas y dependencias ejecutivas, ejercerá la supervisión general de todos los gobiernos locales en los términos que disponga la ley y cuidará que las leyes se ejecuten fielmente."⁹⁴

La Suprema Corte explicó que la facultad de control en virtud de esta disposición implica el derecho del Presidente a interferir en el ejercicio de las facultades discrecionales que pueda conferir la ley a los funcionarios de los departamentos, oficinas o dependencias ejecutivas del gobierno nacional, así como a actuar en lugar de dichos funcionarios. Sin embargo, esta facultad se le *niega* al titular del Poder Ejecutivo, en lo que respecta a los gobiernos locales.⁹⁵

La supervisión, por otra parte, no da al Presidente más autoridad que la de verificar si dichos gobiernos locales o sus funcionarios cumplen con sus deberes según lo dispuesto en las leyes. Por tanto, el Presidente no puede interferir con los gobiernos locales, siempre y cuando los mismos o sus funcionarios actúen dentro del ámbito de su autoridad.⁹⁶

Por otro lado, si el Presidente pudiera crear un municipio, podría destituir a cualquiera de sus funcionarios, creando un nuevo municipio e incluyendo en él el *barrio* en el que reside el funcionario en cuestión, ya

⁹³ Pelaez v. Auditor General, G.R. No. L-23825, 27 de diciembre de 1965.

⁹⁴ Pelaez v. Auditor General, G.R. No. L-23825, 27 de diciembre de 1965.

⁹⁵ Pelaez v. Auditor General, G.R. No. L-23825, 27 de diciembre de 1965.

⁹⁶ Pelaez v. Auditor General, G.R. No. L-23825, 27 de diciembre de 1965. El Presidente, dijo la Corte, no puede promulgar una ordenanza que el consejo municipal no haya aprobado o se haya negado a aprobar, incluso si con ello hubiera violado un deber impuesto por la ley, aunque puede hacer que los funcionarios de las provincias correspondientes adopten las medidas disciplinarias pertinentes. Tampoco puede vetar, anular o revocar una ordenanza aprobada por dicho consejo en el ámbito de su competencia, por más que sea manifiestamente errada. No puede suspender a un funcionario electo de un municipio ni adoptar ninguna medida disciplinaria contra él, salvo en caso de apelación de una decisión de la junta provincial correspondiente.

que su cargo quedaría vacante. Así, utilizando la facultad de crear un nuevo municipio (si la tuviera), sin crearlo realmente, podría obligar a los funcionarios locales a someterse a su autoridad, ejerciendo de hecho sobre ellos el poder de control que no le da la Constitución.

Entonces, también, el poder de control del Presidente sobre los departamentos, oficinas o despachos ejecutivos no implica más que la autoridad para asumir directamente las funciones de los mismos o para interferir en el ejercicio de la discreción de sus funcionarios. Evidentemente, *dicho control no incluye la autoridad para suprimir un departamento ejecutivo o una oficina, ni para crear uno nuevo*. En consecuencia, la supuesta facultad del Presidente para crear municipios conllevaría necesariamente el ejercicio por su parte de una autoridad aún *mayor* que la del control que tiene sobre los departamentos, oficinas o despachos ejecutivos. En otras palabras, el artículo 68 del Código Administrativo no se limita a incumplir el mandato constitucional antes citado. En lugar de otorgarle al Presidente *menos* poder sobre los gobiernos locales que el que tiene sobre los departamentos, burocracias u oficinas ejecutivas, invierte el proceso y hace *exactamente lo contrario*, al conferirle *más* poder sobre los municipios que el que tiene sobre dichos departamentos, burocracias u oficinas ejecutivas.

En resumen, la Sección 68, como parte del Código Administrativo, debe considerarse derogada por la reforma a la Constitución de 1935, que es totalmente incompatible e inconsistente con dicha promulgación estatutaria.

Al final, las Órdenes Ejecutivas fueron declaradas nulas *ab initio*.

Ley parcialmente inconstitucional

Un ejemplo de una decisión de la Suprema Corte que declaró parcialmente inconstitucional una ley es el caso de *Estipona, Jr. v. Lobrigo*.⁹⁷

⁹⁷ *Estipona, Jr. y Asuela v. Lobrigo*, G.R. No. 226679, 15 de agosto de 2017.

La cuestión en ese caso era la constitucionalidad de la Sección 23 de la Ley de la República No. 9165, o la "Ley Integral de Drogas Peligrosas de 2002". Dicha disposición establece:

SEC. 23. *Disposición de negociación de culpabilidad.* - Toda persona acusada en virtud de cualquier disposición de esta Ley, independientemente de la pena imponible, no podrá acogerse a la disposición sobre negociación de culpabilidad.

La Suprema Corte aceptó la petición. Explicó que la facultad de promulgar normas sobre los alegatos, de práctica y procesales era ahora de dominio exclusivo de la Suprema Corte y ya no la compartía con los poderes Ejecutivo y Legislativo. La Corte citó la sección 5(5) del artículo VIII de la Constitución de 1987, que establece:

Art. 5. La Suprema Corte tendrá las siguientes facultades...

(5) Promulgar normas relativas a la protección y el cumplimiento de los derechos constitucionales, a los alegatos, la práctica y el procedimiento en todos los tribunales, a la admisión al ejercicio de la abogacía, a la Barra de Abogados y a la asistencia jurídica a los desfavorecidos. Dichas reglas proporcionarán un procedimiento simplificado y económico para la rápida resolución de los casos, el cual será uniforme para todos los tribunales del mismo grado y no disminuirán, aumentarán o modificarán los derechos sustantivos. Las reglas procesales de los tribunales especiales y de los órganos cuasi-judiciales permanecerán en vigor a menos que sean derogadas por la Suprema Corte.

Citando una decisión anterior,⁹⁸ e interpretando esta disposición, la Corte explicó

Se amplió el poder de creación de normas de esta Corte. Por primera vez se otorgó a esta Corte la facultad de promulgar normas relativas

⁹⁸ Echegaray v. Secretary of Justice, G.R. No. 132601 (Resolución), 19 de enero de 1999.

a la protección y aplicación de los derechos constitucionales. También se le concedió a la Corte por *primera vez* la facultad de desaprobar las normas procesales de los tribunales especiales y de los organismos cuasi-judiciales. *Pero lo más importante es que la Constitución de 1987 eliminó la facultad del Congreso de derogar, modificar o complementar las normas relativas a los alegatos, la práctica y de procedimiento.* En fin, la facultad de promulgar normas de alegación, práctica y procedimiento ya no es compartida por esta Corte con el Congreso, y menos aún con el Ejecutivo.

La separación de poderes ha creado "un muro inquebrantable que mantiene la facultad de promulgar normas de alegación, práctica y procesales como única competencia de esta Corte. Los otros poderes invaden esta facultad si promulgan leyes o emiten órdenes que efectivamente derogan, alteran o modifican cualquiera de las normas procesales promulgadas por la Corte".⁹⁹

La única prerrogativa de la Suprema Corte para dictar, enmendar o derogar normas procesales se limita a la preservación de los derechos sustantivos, es *decir*, los primeros no deben disminuir, aumentar o modificar los segundos. "El derecho sustantivo es la parte de la ley que crea, define y regula los derechos, o que regula el derecho y los deberes que dan lugar a una acción; la parte de la ley que los tribunales establecidos deben administrar, por oposición al derecho adjetivo o correctivo, prescribe el método para hacer cumplir los derechos u obtener reparación por sus violaciones".¹⁰⁰

Para determinar si una norma establecida por la Suprema Corte, para la práctica y trámite frente a los tribunales inferiores, restringe, amplía o modifica algún derecho sustantivo, debe analizarse si la norma regula realmente el procedimiento, es decir, el *proceso*

⁹⁹ Estipona, Jr. y Asuela v. Lobrigo, G.R. No. 226679, 15 de agosto de 2017.

¹⁰⁰ Estipona, Jr. y Asuela v. Lobrigo, G.R. No. 226679, 15 de agosto de 2017.

*judicial para hacer cumplir los derechos y deberes reconocidos por el derecho sustantivo y para administrar justamente el recurso y la reparación por el desconocimiento o la infracción de los mismos. Si la norma quita un derecho adquirido, no es procesal. Si la norma crea un derecho, como el derecho a recurrir, puede clasificarse como materia sustantiva; pero si funciona como un medio para aplicar un derecho existente, la norma se refiere netamente al procedimiento.*¹⁰¹

Habiendo determinado que la negociación de culpabilidad es una cuestión de procedimiento, la Corte estimó la petición y anuló el artículo 23 de la Ley de la República No. 9165 al considerarlo inconstitucional por ser contrario a la autoridad normativa de la Suprema Corte.

Una decisión de la Suprema Corte que ilustra la inconstitucionalidad parcial de una orden ejecutiva es el caso *John Hay Peoples Alternative Coalition v. Lim*.¹⁰²

En ese caso, el entonces presidente Fidel V. Ramos emitió la Proclamación No. 420 que establecía una Zona Económica Exclusiva en una porción de Camp John Hay cuya sección 3 decía lo siguiente:

Sección 3. Contexto de inversión en la Zona Económica Exclusiva de John Hay.- De conformidad con el artículo 5(m) y el artículo 15 de la Ley de la República No. 7227, la Corporación de Desarrollo de John Hay Poro Point implementará todas las políticas, normas y reglamentos necesarios que rigen la zona, incluidos los incentivos a la inversión, en consulta con los departamentos gubernamentales pertinentes. Entre otros, la zona tendrá todos los incentivos aplicables de la Zona Económica Exclusiva en virtud de la Sección 12 de la Ley de la República No. 7227 y los incentivos aplicables concedidos en las Zonas de Procesamiento de

¹⁰¹ Estipona, Jr. y Asuela v. Lobrigo, G.R. No. 226679, 15 de agosto de 2017, citando a Fabian v. Desierto, G.R. No. 129742, 16 de septiembre de 1998

¹⁰² G.R. No. 119775, 24 de octubre de 2003.

Exportaciones, el Código de Inversiones Omnibus de 1987, la Ley de Inversiones Extranjeras de 1991 y las nuevas leyes de inversión que puedan promulgarse en el futuro.

En efecto, el Presidente concedió a la Zona Económica Exclusiva John Hay los incentivos a la inversión que se concedieron a otra Zona Económica. La Proclamación desencadenó un litigio en el que se cuestionaba la constitucionalidad de la misma por muchos motivos.

La Suprema Corte examinó las deliberaciones del Senado que demostraban que los privilegios fiscales y de inversión concedidos a la zona económica exclusiva de Subic eran exclusivos.¹⁰³ La concesión de la exención fiscal, dijo, eludiría el requisito de la Constitución referente a que una ley que conceda cualquier exención fiscal debe contar con el acuerdo de la mayoría de todos los miembros del Congreso.¹⁰⁴ A continuación, la Corte concluyó que:

Si la intención del legislador fuera conceder a la zona económica exclusiva John Hay la misma exención fiscal y los mismos incentivos concedidos a la zona económica exclusiva de Subic, lo habría establecidos expresamente en la R.A. No. 7227.

No cabe duda de que esta Corte puede anular un acto o una política de los departamentos políticos del gobierno por cualquiera de los dos motivos siguientes: violación de la Constitución o abuso grave de discrecionalidad.

Esta Corte declara entonces que la concesión, mediante la Proclamación No. 420, de la exención de impuestos y otros privilegios a Zona Económica Exclusiva John Hay es inválida por ser violatoria de la Constitución. Esto hace innecesario seguir insistiendo en la alegación de los demandantes de que la misma concesión viola la garantía de igualdad de protección.¹⁰⁵

¹⁰³ John Hay Peoples Alternative Coalition v. Lim, G.R. No. 119775, 24 de octubre de 2003.

¹⁰⁴ John Hay Peoples Alternative Coalition v. Lim, G.R. No. 119775, 24 de octubre de 2003.

¹⁰⁵ John Hay Peoples Alternative Coalition v. Lim, G.R. No. 119775, 24 de octubre de 2003.

La Corte sostuvo que la segunda oración del artículo 3 de la Proclamación No.420 era inválida y fue declarada sin fuerza legal.¹⁰⁶

G. Determinar los efectos de las sentencias constitucionales

La aplicación futura de una decisión de la Suprema Corte

Como se ha explicado anteriormente, el artículo 8 del Código Civil establece que "las decisiones judiciales que apliquen o interpreten las leyes o la Constitución formarán parte del sistema jurídico de Filipinas". Pero si bien nuestras decisiones forman parte del derecho del país, también están sujetas al artículo 4 del Código Civil, que establece que "las leyes no tendrán efecto retroactivo, salvo disposición en contrario". La aplicación retroactiva de una ley suele privar de derechos ya adquiridos o perjudicar las obligaciones contractuales y, por tanto, es inconstitucional.¹⁰⁷ La aplicación futura de las decisiones de la Suprema Corte se basa en la equidad y el juego limpio, y también en el principio constitucional de que las normas procesales no deben perjudicar los derechos sustantivos.¹⁰⁸

El carácter vinculante de las decisiones de la Suprema Corte; *Stare Decisis*

El principio de *stare decisis et non quieta movere* impone la adhesión a los precedentes judiciales. Requiere que nuestros tribunales sigan una norma ya establecida en una decisión final de la Suprema Corte. Esa decisión se convierte en un precedente judicial que debe ser seguido en casos posteriores por todos los tribunales del país.¹⁰⁹

¹⁰⁶ John Hay Peoples Alternative Coalition v. Lim, G.R. No. 119775, 24 de octubre de 2003.

¹⁰⁷ Global Medical Center of Laguna, Inc. v. Ross Systems International, Inc., G.R. Nos. 230112, 11 de mayo de 2021

¹⁰⁸ Land Bank of the Phils. v. De Leon, G.R. No. 143275, 20 de marzo de 2003.

¹⁰⁹ United Coconut Planters Bank v. Spouses Uy, G.R. No. 204039, 10 de enero de 2018.

El principio *stare decisis et non quieta movere* está previsto en el artículo 8 del Código Civil que establece: "ART. 8. Las decisiones judiciales que apliquen o interpreten las leyes o la Constitución formarán parte del sistema jurídico de Filipinas". Ésta implica la vinculación de los precedentes judiciales. La doctrina de *stare decisis* se basa en el principio de que una vez que una cuestión de derecho ha sido examinada y decidida, debe considerarse resuelta y cerrada a nuevos argumentos.¹¹⁰

Sin embargo, cuando los hechos son esencialmente diferentes, no se aplica *el stare decisis*, ya que un principio perfectamente sólido aplicado a un conjunto de hechos podría ser totalmente inadecuado cuando se introduce una variante fáctica.¹¹¹

A pesar del principio *stare decisis*, está bien establecido que una doctrina que debe ser abandonada o modificada debe ser abandonada o modificada apropiadamente. Después de todo, lo más importante es que esta Corte esté en lo correcto.¹¹² La doctrina de *stare decisis* no está grabada en piedra, ya que, si se demuestra que las circunstancias que concurren en un caso particular anulan los grandes beneficios que nuestro sistema judicial obtiene de la doctrina de la *stare decisis*, la Corte está justificada para anularla.¹¹³

H. Mantenerse dentro de los límites

El papel de los tribunales es determinar si una rama o instrumento del gobierno ha transgredido sus límites constitucionales. Pero las Cortes no interferirán con la discreción ejecutiva o legislativa ejercida dentro de esos límites. De lo contrario, se adentra en el ámbito de la toma de

¹¹⁰ De Mesa v. Pepsi Cola Products Phils. Inc., G.R. Nos. 153063-70 (Resolución), 19 de agosto de 2005.

¹¹¹ Hacienda Bino v. Cuenca, G.R. Nos. 150478, 15 de abril de 2005.

¹¹² Urbano v. Chavez, G.R. Nos. 87977 & 88578 (Resolución), 19 de marzo de 1990.

¹¹³ Philippine Guardians Brotherhood, Inc. v. Commission on Elections, G.R. No. 190529 (Resolución), 29 de abril de 2010.

decisiones políticas.¹¹⁴ Un tribunal no está facultado para decidir directamente asuntos sobre los que se ha delegado plena autoridad discrecional al poder legislativo o ejecutivo del Estado. No está facultado para sustituir su juicio por el del Congreso o el del Presidente. Sin embargo, puede examinar la cuestión de si dicho ejercicio se ha realizado con grave abuso de discrecionalidad.¹¹⁵

En su mayor parte, la Suprema Corte respeta estas directrices, puede anticiparse a las críticas y las aborda en sus decisiones.

Experiencia económica

Cuando la Suprema Corte anuló la Ley de Desregulación del Petróleo, sostuvo:

Con esta decisión, algunos círculos criticarán a la Corte por interferir en una decisión económica del Congreso. Esta crítica no tiene ningún sentido, ya que la Corte anula la R.A. No. 8180 no porque no esté en desacuerdo con la desregulación como política económica, sino porque, tal y como la ha redactado el Congreso en su forma actual, la ley viola la Constitución. El llamamiento correcto debería ser para que el Congreso redacte una nueva ley de desregulación del petróleo que se ajuste a la Constitución y no para que esta Corte eluda su deber de anular una ley que viola a la Constitución. Derribar la R.A. No. 8180 puede costar pérdidas en términos cuantificables a los oligopolios petroleros. Pero la pérdida por tolerar la manipulación de nuestra Constitución no es cuantificable en pesos y centavos. Es más valioso proteger la santidad de los principios fundamentales de la Constitución que las ganancias supra-normales de las corporaciones privadas. De hecho, cuando se cuestiona que una ley viola

¹¹⁴ Philippine Coconut Producers Federation, Inc. v. Republic, G.R. Nos. 177857-58, 178193 & 180705 (Resolución), 11 de febrero de 2010.

¹¹⁵ Philippine Coconut Producers Federation, Inc. v. Republic, G.R. Nos. 177857-58, 178193 & 180705 (Resolución), 11 de febrero de 2010.

la Constitución, la Corte no tiene otra opción que derribarla por completo. Para que no se pierda, la Constitución es un pacto que otorga y garantiza *tanto los derechos políticos como los económicos del pueblo*. La Constitución ordena a esta Corte ser el guardián no sólo de los derechos políticos del pueblo, sino también de sus derechos económicos. La protección de los derechos económicos de los pobres y de los que no tienen poder es de mayor importancia para ellos, ya que se preocupan más por los aspectos esenciales de la vida y menos por los de la libertad. Por lo tanto, mientras la Constitución reine y sea suprema, esta Corte estará atenta a la defensa de los derechos económicos de nuestro pueblo, especialmente frente a los ataques de los poderosos. Nuestra defensa de los derechos económicos del pueblo puede parecer despiadada porque no puede ser poco entusiasta.¹¹⁶

Comentarios sobre casos pendientes

Cuando la Suprema Corte deliberaba sobre la constitucionalidad de la *Anti-Plunder law*, un abogado, Leonard De Vera, hizo unas declaraciones en público que decían en parte: "Tenemos miedo que el esfuerzo (el ex presidente) de Estrada para coaccionar, sobornar o influir en los ministros —considerando que dispone de un fondo de 500 millones de pesetas procedente de la abortada toma de poder de mayo— probablemente tenga como resultado una decisión favorable a Estrada que declare la *Plunder law* inconstitucional o vaga".¹¹⁷

La Corte multó a De Vera, dejando de lado su defensa de la "libertad de expresión", diciendo que sus declaraciones se hicieron claramente "para movilizar a la opinión pública y ejercer presión sobre la Corte".¹¹⁸ La Corte sostuvo:

¹¹⁶ *Tatad v. Secretary of the Department of Energy*, G.R. Nos. 124360 & 127867, 5 de noviembre de 1997.

¹¹⁷ *In re De Vera*, A.M. No. 01-12-03-SC, 29 de julio de 2002.

¹¹⁸ *In re De Vera*, A.M. No. 01-12-03-SC, 29 de julio de 2002.

Por lo tanto, la realización de declaraciones despectivas dirigidas a la Corte no es un ejercicio de la libertad de expresión, sino un abuso de dicho derecho. Los ataques injustificados a la dignidad de las cortes no pueden disfrazarse de libertad de expresión, ya que el ejercicio de dicho derecho no puede utilizarse para perjudicar la independencia y la eficacia de los tribunales o el respeto y la confianza del pueblo en ellos. Es una convicción tradicional de la sociedad civilizada de todo el mundo que los tribunales deben ser inmunes a toda influencia extraña mientras resuelven los asuntos que se someten a su consideración.¹¹⁹

Durante las deliberaciones de una moción de Reconsideración en *República v. Sereno*, (el caso que finalmente destituyó al Presidente de la Corte Suprema, el Senado publicó la Resolución del Senado No. 738, que instó a la Corte a revisar nuestra decisión del 11 de mayo de 2018, la cual establece un "peligroso precedente que transgrede las facultades exclusivas de la rama legislativa para iniciar, juzgar y decidir todos los casos de juicio político.¹²⁰ La Corte recordó al Senado su lugar en el sistema tripartito de gobierno.

La Resolución del Senado también parece haber sido redactada, firmada por algunos senadores, y planteada mientras la moción de reconsideración del demandado estaba todavía pendiente de resolver por la Corte. Aunque los miembros del Senado insisten en la no usurpación de poderes, la propia resolución del Senado tiende a influir, si no a ejercer una presión indebida, sí sobre la Corte en cuanto a la forma en cómo debe resolver la moción de reconsideración pendiente. La importancia y la alta consideración de la institución que es el Senado es indiscutible. Pero la Corte, en el cumplimiento de su deber constitucional, también tiene derecho al mismo grado de respeto y deferencia.

¹¹⁹ In re De Vera, A.M. No. 01-12-03-SC, 29 de julio de 2002.

¹²⁰ Republic v. Sereno, G.R. No. 237428 (Resolución), 19 de junio de 2018.

Presión popular, elecciones

La Corte consigue ignorar la presión política de los votantes. Una persona, descalificada por las leyes electorales, no puede ser declarada ganadora a pesar de haber obtenido el mayor número de votos. La Suprema Corte se atiene a la ley, diciendo:

La papeleta de voto no puede anular los requisitos constitucionales y legales de las calificaciones y descalificaciones de los candidatos. Cuando la ley exige que las personas que desean ocupar un puesto de elección popular posean ciertas calificaciones o que no posean ciertas descalificaciones, esas calificaciones deben cumplirse antes de que se conviertan en candidatos. Cuando se vota por una persona que no está cualificada y eventualmente obtiene el mayor número de votos, ni siquiera la voluntad del electorado expresada a través de la papeleta puede subsanar el defecto de las calificaciones del candidato. Reglar lo contrario es pisotear y desgarrar la propia ley que establece las calificaciones y descalificaciones de los candidatos. También podríamos abrogar nuestras leyes electorales si la voz del electorado es el único determinante de quien debe ser proclamado digno de ocupar cargos electivos en nuestra república.¹²¹

Activismo judicial

La Suprema Corte también se ha abstenido de alterar el texto de la Constitución. En un caso en el que se argumentó que el Consejo de la Judicatura y la Abogacía (el órgano que investiga los nombramientos para los jueces) debía tener dos representantes en lugar de uno, la Corte respondió:

El llamamiento al activismo judicial falla en remover la sensibilidad de la Corte encargada de proteger la Constitución contra la

¹²¹ *Maquilung v. Commission on Elections*, G.R. No. 195649, 16 de abril de 2013.

usurpación. La Corte se mantiene firme en limitar sus poderes en la esfera otorgada por la propia Constitución. No se debe permitir que el activismo judicial se convierta en exuberancia judicial. En casos como éste, ninguna lógica práctica o beneficio puede convencer a la Corte de realizar una escisión o una inserción que cambie la intención manifiesta de los constituyentes. Ampliar el alcance de la representación del Congreso en el JBC equivale a la inclusión de una materia que no estaba incluida en la disposición tal como fue promulgada. Fiel a su mandato constitucional, la Corte no puede elaborar y adaptar las disposiciones constitucionales para dar cabida a todas las situaciones, por muy ideal o razonable que pueda parecer la solución propuesta. Al ejercicio de esta intromisión, la Corte declina.¹²²

Entonces, al sancionar el entierro de Ferdinand Marcos en un cementerio reservado a los héroes, la Suprema Corte dijo:

La función de los tribunales es el *jus dicere* y no el *jus dare*; interpretar la ley, y no hacer la ley o darla. Nuestro deber no es modificar la ley ampliándola o reduciéndola. Esta Corte no debe hacer o supervisar la legislación, o bajo una interpretación aparente, modificar, revisar, enmendar, distorsionar, remodelar o reescribir la ley, o dar a la ley una interpretación que sea contradictoria a sus términos. No podemos interponer nuestros propios puntos de vista para alterarla. En pocas palabras, la Corte no debe leer en la ley lo que no está en ella. La letra de la ley no puede ser ignorada con el pretexto de perseguir su espíritu. Hacerlo sería incurrir en una legislación judicial, que está renegada por el principio *trias politica* y que viola uno de los principios más básicos de un gobierno republicano y democrático: la separación de poderes.

El poder judicial sólo abarca el reconocimiento, la revisión o la revocación de la política elaborada por los departamentos polí-

¹²² Chavez v. Judicial and Bar Council, G.R. No. 202242 (Resolución), 16 de abril de 2013.

ticos si se presenta un caso ante él por motivos de ilegalidad, inconstitucionalidad o grave abuso de discrecionalidad (es *decir*, abuso flagrante de poder o ejercicio caprichoso del mismo). La determinación de la sabiduría, imparcialidad, solidez, justicia, equidad o conveniencia de una ley o de lo que "debería ser" como cuestiones políticas, está en el ámbito y debe ser dirigida a la legislatura. Si las leyes existentes son inadecuadas, las ramas del gobierno que determinan la política, específicamente los representantes debidamente elegidos que tienen el mandato de la voluntad popular pueden ser exhortados pacíficamente por la ciudadanía para llevar a cabo cambios positivos. Fiel a su mandato constitucional, la Corte no puede fabricar y adaptar las disposiciones legales para armonizarlas a todas las situaciones, sin importar que las propuestas parezcan muy ideales o razonables. Por muy bienintencionadas que sean, sólo podemos exponer nuestras opiniones con la esperanza de que el Congreso tome nota de ellas.¹²³

El activismo judicial, dice a menudo la Suprema Corte, no debe convertirse en exuberancia judicial y los tribunales deben limitar estrictamente su propia esfera de influencia a los poderes que la Constitución les confiere expresa o implícitamente.¹²⁴

Ni siquiera argumentos de violaciones de la Carta de Derechos pudieron convencer a la Corte para que prohibiera la aplicación de la ley marcial durante la Administración Duterte. La Corte sostuvo que

no hay nada en la Constitución, ni en ninguna ley que apoye la teoría de los demandantes. Esas supuestas violaciones a derechos humanos no pueden utilizarse como motivo para impedir que el Presidente ejerza su facultad de declarar la ley marcial o

¹²³ Ocampo v. Enriquez, G.R. Nos. 225973, 225984, 226097, 226116, 226117, 226120, 226294, 228186 & 228245 (Resolución), 8 de agosto de 2017.

¹²⁴ Central Bank Employees Association, Inc. v. Bangko Sentral ng Pilipinas, G.R. No. 148208, 15 de diciembre de 2004.

que el Congreso la prorrogue. Acoger el alegato de los demandantes resultaría en un activismo judicial, lo que iría en contra del principio de separación de poderes.¹²⁵

I. Conclusiones

La Suprema Corte de Filipinas ha sido bastante regular a la hora de mantener sus acciones dentro de los límites previstos por la Constitución. La Corte se recuerda a sí misma repetidamente, como un encantamiento, los límites constitucionales que implica la revisión judicial.

Esto es significativo teniendo en cuenta los poderes que la Constitución de 1987 ha otorgado a la Corte. Ésta tiene cuidado de mantenerse dentro de los límites y de no entrar en la política, aunque tenga el poder de revisar los actos discrecionales de los otros poderes del Estado.

Se anticipa y aborda las posibles críticas en sus propias decisiones, incorporando explicaciones y defensas para mantener su reputación lo más prístina posible.

Sin sugerir que la Suprema Corte haya sido consistente, existe un historial del control que realiza de los actos de los otros poderes del Estado. En estos casos, la Corte también tiene cuidado de expresar las consideraciones para afirmar el poder sobre estas otras ramas.

¹²⁵ Lagman v. Pimentel III, G.R. Nos. 235935, 236061, 236145 & 236155, 6 de febrero de 2018.

32. Las sentencias constitucionales en Corea del Sur

Rodrigo González Quintero*

Camilo Guzmán Gómez**

Andrés Sarmiento Lamus***

* Profesor–Investigador, Universidad Sergio Arboleda-Santa Marta, Colombia. Doctor y Magister en Derecho, Washington University in St. Louis (Estados Unidos).

** Profesor–Investigador, Universidad Sergio Arboleda-Bogotá, Colombia. Candidato a Doctor Université Paris Sanclay y Magister en Derecho Université Bordeaux 4 (Francia).

*** Profesor–Investigador, Universidad Sergio Arboleda-Bogotá, Colombia. Doctor y Magister en Derecho, Universidad de Leiden.

SUMARIO: A. Introducción. B. Regulación Constitucional de la Corte. C. Regulación Legal de la Corte. D. Tipología de sentencias constitucionales en la República de Corea. E. Estado de cosas inconstitucional: Breve referencia al concepto en sentencias constitucionales surcoreanas dentro de un marco ius-comparativista.

A. Introducción

En las dos últimas décadas del siglo XX ocurre un fenómeno en el que la figura de la Constitución aparece en todos los continentes, y dentro de ella se establecen tribunales con funciones de control constitucional. Ambos aspectos de este fenómeno calificado como ‘explosión del constitucionalismo’¹ enmarcan la situación jurídico-política de la República de Corea en los años ochenta.²

Tras varias décadas de gobiernos autoritarios, manifestaciones y movilizaciones que convocaron a millones de ciudadanos en las calles resultan finalmente en un consenso político entre el régimen oficialista y la oposición que permitió la reforma constitucional del año 1987.³ Y dentro

¹ Ackerman, Bruce, "The Rise of World Constitutionalism", en *Virginia Law Review*, 83, Estados Unidos, 1997, pp. 771-772.

² Saxer, Carl, *From Transition to Power Alternation: Democracy in South Korea*, Estados Unidos, Routledge, 2002, pp. 53-55.

³ Steinberg, David, "Korea: Triumph amid Turmoil", en *Journal of Democracy*, 9, Estados Unidos, 1988, p. 85.

del nuevo texto fundamental reformado se estableció entonces una Corte Constitucional que habría de reemplazar en sus funciones al inoperante órgano de control existente hasta entonces, el Comité Constitucional.⁴

Después de tres décadas, el régimen surcoreano dispuesto por la Constitución de 1987 ha permitido transiciones de gobiernos de manera pacífica y ha servido de base para la democratización de los procesos políticos, así como también ha posibilitado una mayor protección sustancial de los derechos fundamentales.⁵ Y parte integral del régimen instaurado —y de su carácter funcional reconocido por la doctrina— ha sido la Corte Constitucional.⁶

Las disposiciones constitucionales de 1987 y la promulgación de la Ley de la Corte Constitucional en agosto de 1988 habilitaron el funcionamiento de ésta a partir del año citado.⁷ Ahora bien, escepticismo alrededor de su éxito e incertidumbre sobre sus funciones eran sensaciones generalizadas en sus inicios.⁸ Apreciaciones que han sido más que superadas pues al haber ejercitado los poderes otorgados tanto por la Constitución como por la Ley, el alto tribunal ha superado ya su fase de institucionalización —o legitimación, si se prefiere— para convertirse en protagonista institucional del régimen democrático surcoreano.⁹

⁴ Yoon, Dae-Kyu, "Judicial Review in the Korean Political Context", en *Korean Journal of Comparative Law*, 17, Corea, 1989, p. 134.

⁵ Rhee, Woo-Young, "Decision of the Korean Constitutional Court of Nonconformity of Statute with the Constitution and the Subsequent National Assembly Legislative Process in Korea's Constitutional Democracy", en *Journal of Korean Law*, 20, Corea, 2021, p. 4.

⁶ Lee, Seokmin y Duessel, Fabian, "Researching Korean Constitutional Law and Constitutional Court of Korea", en *Journal of Korean Law*, 16, 2016, pp. 266-267.

⁷ Won, Yoomin, "The Role of International Human Rights Law in South Korean Constitutional Court Practice: An Empirical Study of Decisions from 1988 to 2015", en *International Journal of Constitutional Law*, 16, Reino Unido, 2018, p. 599.

⁸ Kim, Jongcheol, "Some Problems with the Korean Constitutional Adjudication System", en *Journal of Korean Law*, 1, Corea, 2001, p. 19.

⁹ Jeon, Joeng-Hyun, "Political Functions and Dilemma of the Korean Constitutional Court", en *Korea Observer*, 47, Corea, 2016, p. 462.

B. Regulación Constitucional de la Corte

La Corte Constitucional de la República de Corea está regulada en el capítulo VI de la Constitución —artículos 111, 112 y 113—, de manera independiente y aparte de cualquier otro órgano institucional. Destaca su importancia como organismo no solo al tener en cuenta que la norma fundamental se estructura en diez capítulos, sino además porque su estatura se concibe como equivalente al de los otros poderes públicos —Asamblea Nacional, Poder Ejecutivo y Rama Judicial—.

Así, el artículo 111 consta de cuatro secciones, en las que las competencias del alto tribunal son reguladas en la primera de ellas; dispone entonces la facultad para resolver acerca de la constitucionalidad de leyes a petición de jueces y tribunales, acusaciones que recaigan sobre altos dignatarios y funcionarios, desmantelamiento de partidos políticos, conflictos competenciales entre organismos públicos, y recursos de queja surgidos de transgresiones de derechos fundamentales.

Las tres secciones restantes están dedicadas a la composición de la corporación, el proceso de designación y requisitos de sus miembros, así como el mandato de elección de su presidente —por parte del Presidente de la República con asentimiento de la Asamblea Nacional—. Disponen que la Corte "será integrada por nueve magistrados calificados para ser jueces, nombrados por el Presidente," de los que "tres serán nombrados de entre personas nominadas por la Asamblea Nacional, y tres serán nombrados de entre personas nominadas por el Presidente de la Corte Suprema."

En el artículo 112 se ordena un periodo de seis años para los magistrados, con posibilidad de ser reelegidos según la ley. Allí también se les prohíbe a éstos filiación o actividad política alguna, además de considerar que la eventual remoción del cargo se dará solamente por causa de destitución o condena a prisión. El artículo 113 contiene una serie de cláusulas que podrían calificarse como residuales, que no se relacionan

entre sí; empieza por establecer el quórum decisorio en el que "la decisión de inconstitucionalidad de una ley, acusación de altos funcionarios, disolución de partidos políticos, o la decisión afirmativa en un recurso de queja, requiere la concurrencia de seis o más magistrados."

Luego habilita a la corporación para "regular sus procedimientos internos, disciplina propia, y los asuntos administrativos, dentro de los límites legales." Finalmente traslada una variedad de temas al nivel de regulación legal al establecer que "la organización, funcionamiento y otros asuntos que requiera la Corte Constitucional serán determinados por la Ley."

El articulado constitucional respecto de la Corte se erige a través de mandatos amplios, y como se ha dicho —de acuerdo con el artículo 113— sujeto al desarrollo legislativo. En ese orden de ideas, la esfera relativa a la integración, organización, funcionamiento y procedimientos del tribunal está reglada en la Ley de la Corte Constitucional del año 1988. Norma que se divide en cinco capítulos —disposiciones generales, organización, procedimiento general, procedimientos especiales y disposiciones penales— con setenta y seis artículos en total.

C. Regulación Legal de la Corte

Los cinco capítulos que integran la Ley afianzan y detallan los lineamientos generales dispuestos en la Constitución. Para facilitar la explicación se abordarán tres ejes que son los jueces, el funcionamiento del tribunal y las atribuciones del mismo.

I. Jueces

En la ley se confirman número de jueces, el sistema de designación y nombramiento —así como también su remoción—, el periodo de ejercicio y la prohibición para participar en asuntos políticos. Vale la pena mencionar que la reforma de la ley en el año 1991 eliminó la distinción original —sin base constitucional alguna— entre jueces plenos y jueces

honorarios, estos últimos sin salario; distinción que al parecer obedecía a la miope expectativa de pocos casos a resolver, enraizada en el mediocre comportamiento del control constitucional durante las décadas precedentes.¹⁰

El artículo 4 contiene un mandato general de independencia de los jueces al ejercer su función, en tanto que "deberán juzgar con independencia, de acuerdo con la Constitución y las leyes, guiados por sus conciencias." Mandato coherente a su vez con el artículo 103 constitucional en el que se prescribe que los jueces —no sólo los de la Corte Constitucional— administrarán justicia "con independencia, según su conciencia y en acuerdo con la Constitución y la Ley." En el artículo 5 la ley regula los requerimientos para desempeñarse como juez de la Corte, especificando que serán aquellas personas con cuarenta años de edad y con quince años —o más— de experiencia como juez, fiscal, abogado, abogado de agencias públicas o empresas privadas, abogado que se haya desempeñado como profesor asistente de Derecho en una facultad debidamente acreditada.

Las disposiciones constitucionales y legales descritas resultan, entonces, en que para llegar a ser juez de la Corte Constitucional son requisitos la profesión de abogado, contar con cuarenta años de edad, calificación para desempeñarse como juez y quince años de experiencia en ejercicio del Derecho en asuntos públicos, privados o como profesor. Ahora bien, estos requerimientos son transversales a los de jueces ordinarios, así como también coinciden el salario y periodo entre magistrados de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema. Desde la doctrina especializada se ha criticado el sistema descrito como excluyente, pues la habilitación como juez se adquiere tras dos años de entrenamiento en la Academia de Entrenamiento Judicial y la aprobación del examen respectivo; de manera que en la práctica personas dedicadas a la academia —quienes suelen

¹⁰ Yoon, Dae-Kyu, "The Constitutional Court System of Korea: The New Road for Constitutional Adjudication", *Journal of Korean Law*, 1, Corea, 2001, p. 8.

obtener sus credenciales fuera de Corea— se apartan de estos procesos, mientras que los funcionarios adscritos a la burocracia judicial tienen ventajas pues cuentan con el mencionado examen y están conectados con la jerarquía que los entrena. No sorprende que para el año 1993 tan sólo cuatro académicos habían sido calificados como abogados, y menos que tanto la primera y la segunda Corte Constitucional se hayan compuesto por un exfiscal y ocho exjueces.¹¹

II. Funcionamiento del Tribunal:

La decisión de los casos que llegan ante la corporación se entiende serán decididos en pleno, pues la ley manda en el artículo 22 que "salvo por disposición de esta ley, la adjudicación de la Corte Constitucional será asignada a la sala plena que se compone de todos los jueces." La salvedad citada obedece a lo dispuesto en el artículo 72 de acuerdo al cual el Presidente del tribunal podría optar por asignar la revisión —de manera previa— de recursos de queja a salas compuestas por tres jueces, si bien la decisión final de dicho recurso corresponde siempre a la sala plena. En el artículo 23 se establecen los quórum para deliberar y para decidir, en cuanto se requiere la asistencia de al menos siete jueces para deliberar y discutir, mientras que la decisión será adoptada por la mayoría de los participantes. Mayoría que se convierte en calificada —pues requiere del voto afirmativo de seis jueces— para decisiones que sostengan la constitucionalidad de leyes, juicios de altos funcionarios, disolución de partidos, recursos de queja y revocación de sentencias sobre interpretación constitucional o legal.

Aunque en la ley se prescribe en el artículo 25 la obligatoriedad de asistencia letrada en todo proceso surtido ante el tribunal, también asegura la asignación de un letrado de oficio de manera gratuita —según el ar-

¹¹ Kim, Jongcheol, *op. cit.*, p. 25; Yang, Chang, "The Judiciary in Contemporary Society: Korean", en *Case Western Reserve Journal of International Law*, 25, Estados Unidos, 1993, pp. 304-306; Healy, Gavin, "Judicial Activism in the New Constitutional Court of Korea", en *Columbia Journal of Asian Law*, 14, Estados Unidos, 2001, pp. 226-227.

título 70— en recursos de queja en que el accionante carezca de los medios económicos necesarios. El proceso inicia de manera escrita si bien el desarrollo posterior varía, en cuanto son orales todos aquellos que no versen sobre recursos de queja o constitucionalidad de las leyes (artículos 26-30). Los procedimientos ante la Corte Constitucional habrán de ser decididos en un plazo de seis meses (artículo 38).

III. Atribuciones

a. Revisión de la Constitucionalidad de Leyes

La atribución para decidir sobre la constitucionalidad de leyes ha sido reconocida por la doctrina como el centro de las competencias del alto tribunal.¹² La calificación de un modelo de control constitucional "concentrado" o "centralizado" puede ser discutida, pues la Corte Constitucional no tiene competencia para revisar actuaciones administrativas, decretos o regulaciones. Estos institutos pertenecen a la esfera competencial de la Corte Suprema. Y en cualquier caso la revisión constitucional de leyes solamente se activa a partir de solicitudes emanadas de jueces que luego son trasladadas oficialmente por la Corte Suprema a la Corte Constitucional.

Entonces cuando en el curso de un procedimiento judicial se cuestiona la constitucionalidad de una ley, el juez bien *exoficio* o bien *exparte* (artículo 41) solicitará a la Corte Constitucional un pronunciamiento. Tal requerimiento se tramitará por conducto de la Corte Suprema. Las intervenciones ante la Corte Constitucional están abiertas a las partes del proceso original y al Ministerio de Justicia, y aquélla podrá pronunciarse sobre partes o la totalidad de la norma atacada, teniendo su decisión efectos *erga omnes* (artículos 44-47).

¹² West, James y Yoon, Dae-Kyu, "The Constitutional Court of the Republic of Korea: Transforming the Jurisprudence of the Vortex?", en *American Journal of Comparative Law*, 73, Estados Unidos, 1992, p. 88.

Cabría resaltar que la atribución explicada requiere de funcionarios judiciales con el deseo de activar procesos ante el tribunal, por lo que las personas estarían —aparentemente— desprotegidas ante la implementación de normas contrarias a la Constitución.¹³ Sin embargo la ley (artículo 68) habilita al ciudadano para interponer un recurso de queja, ante el evento en que el juez del proceso rechace la solicitud *ex parte* de un pronunciamiento de constitucionalidad sobre una norma.

La doctrina ha destacado la adopción —por parte del alto tribunal— de la práctica alemana en cuanto a expedir sentencias sobre constitucionalidad mediante diferentes nomenclaturas o categorías, como estrategia para alejarse de controversias con otros agentes institucionales,¹⁴ a la vez que busca favorecer diálogos inter-agencias para establecer guías en la implementación de normas y persuadir a funcionarios para adoptar medidas acordes con la doctrina constitucional.¹⁵ Así es como la declaración de inconstitucionalidad está acompañada de distintos grados como "no conforme a la Constitución", "inconstitucionalidad limitada", o "conforme limitadamente".¹⁶

La no conformidad resulta en que la norma no es invalidada pese a contar con un defecto serio de constitucionalidad, y el tribunal solicita al legislativo su modificación en un plazo que al expirar implicará su inconstitucionalidad.¹⁷ La conformidad limitada mantiene la constitucionalidad de la norma cuestionada, siempre que ésta sea interpretada de la manera prescrita por el tribunal. Inconstitucionalidad limitada, similar al concepto anterior, implica que la Corte acepta la constitucionalidad de la ley, pero encuentra defectos en su aplicación.¹⁸

¹³ West, James y Yoon, Dae-Kyu, "The Constitutional Court of the Republic of Korea: Transforming the Jurisprudence of the Vortex?", en *American Journal of Comparative Law*, 73, Estados Unidos, 1992, p. 89.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Ginsburg, Tom, "Confucian Constitutionalism? The Emergence of Constitutional Review in Korea and Taiwan", *Law & Society Inquiry*, 27, Estados Unidos, 2002, p. 780.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Idem*; West, James y Yoon, Dae-Kyu, *op. cit.*, p. 100.

¹⁸ Ginsburg, Tom, *op. cit.*, p. 780.

b. Juicios contra Altos Dignatarios del Estado

c.

La institución —que en otras jurisdicciones se denomina juicio político o *impeachment*— tiene en la República de Corea dos fases diferenciadas, una primera que se desenvuelve en el poder legislativo y una segunda ante la Corte Constitucional. El procedimiento cobija al Presidente, Ministros, miembros del Consejo de Estado y de la Comisión Nacional Electoral, Comisionados de la Junta de Inspección, e integrantes del poder judicial, entre otros.

De acuerdo con la normatividad vigente la Asamblea Nacional aprobará una moción para juzgar al funcionario que haya transgredido disposiciones constitucionales y/o legales en el ejercicio de sus funciones. Aprobada la moción, de acuerdo con la Ley, ésta se traslada ante la Corte y de ser admitida entonces acarrea la suspensión inmediata del procesado (artículos 49 y 50). La confirmación de la moción de parte de la Corte Constitucional implica un pronunciamiento por el que se destituye a la persona procesada (artículo 53); cabe aclarar que la destitución referida no excluye la atribución adicional y separada de responsabilidades civiles y criminales, aunque lleva adjunta la restricción para ejercer cargo público alguno en los cinco años siguientes artículo 54).

d. Desmantelamiento de Partidos Políticos

Las disposiciones legales atribuyen al Gobierno —previa deliberación del Consejo de Estado— la posibilidad de pedir la disolución de un determinado partido o movimiento político a la Corte Constitucional, en el evento en que las metas o acciones de aquéllos contravengan al orden básico democrático. En el desarrollo del procedimiento, la Corte podrá ordenar la suspensión de actividades del movimiento cuestionado, y al decidir su desmantelamiento la ejecución será realizada por la Comisión Nacional Electoral (artículos 55 a 60).

Puede afirmarse que la competencia descrita en absoluto está concentrada en o es exclusiva de la Corte Constitucional, pues se interrelaciona con atribuciones de otras agencias estatales que, por razones consignadas en la Ley de Seguridad Nacional, pueden intervenir con las acciones anti-estatales de grupos políticos. Entonces el alto tribunal tendrá competencia sólo en situaciones en las que el movimiento cuente con un registro.¹⁹

e. Conflictos Competenciales

Las disposiciones de la Ley (artículos 61 a 67) confirman la responsabilidad de la Corte para decidir acerca de conflictos acaecidos entre autoridades situadas en los diferentes niveles territoriales. De acuerdo con las normas reseñadas las disputas pueden surgir entre diferentes ramas del poder público y pueden envolver tanto acciones como omisiones.

El conflicto alegado debe plantearse ante el alto tribunal entre los dos y seis meses siguientes a su ocurrencia, y como medida cautelar éste puede decretar la suspensión de los efectos de la medida atacada. De señalarse la invasión de una competencia, entonces la decisión procederá a revertir la acción-omisión atacada o la declara como nula, decisión que será obligatoria para todas las agencias estatales.

f. Recurso de Queja por Violación de Derechos

Según lo dispuesto en la Constitución, la Ley regula el acceso directo de las personas a juicios delante del alto tribunal mediante la interposición del recurso de queja. Así, es un recurso que asiste a quien considere que alguno de sus derechos fundamentales ha sido transgredido por acciones u omisiones de autoridades públicas. Del mandato legal (artículo 68) cabe resaltar que se hace énfasis en su no admisibilidad contra

¹⁹ West, James y Yoo, Dae-Kuy, *op. cit.*, pp. 87-88.

decisiones judiciales, además que opera como instituto subsidiario pues sólo es ejercitable una vez todos los recursos jurisdiccionales y legales hayan sido extenuados. Es pertinente además recordar que es una figura procesal a la que se accede desde dos vías: bien desde la transgresión de un derecho fundamental, o bien desde la petición a instancia de parte de la inconstitucionalidad de una ley que es negada.

Los derechos amparados por el recurso de queja son —en principio— los enumerados en el capítulo segundo de la Constitución. Sin embargo, éste cobija además derechos y libertades no enunciados, pues de acuerdo con el artículo 37 de la carta fundamental "los derechos y libertades de los ciudadanos no serán denegados por razón de no estar enumerados en la Constitución." De acuerdo con el artículo 69 de la Ley, el recurso habrá de interponerse dentro de los tres meses siguientes al conocimiento de la transgresión del derecho y siempre dentro del mes siguiente a la decisión final expedida desde la protección ordinaria.

La Corte puede dividirse en salas de revisión para una evaluación previa del recurso; la sala respectiva puede desestimar unánimemente la petición o bien remitirla a sala plena. La sala plena puede convocar agencias y organizaciones como intervinientes. La sentencia del tribunal, además de proteger al derecho alegado, tiene efectos adicionales como la invalidez potencial de la norma habilitadora de la violación, la declaratoria de la omisión como inconstitucional y ordenar entonces a la autoridad requerida para que actúe conforme a la sentencia. La decisión es obligatoria para todas las autoridades y agencias estatales (artículos 72 a 75).

Con respecto al recurso que se origina vía denegación del requerimiento de revisión de constitucionalidad de una ley, su interposición debe darse dentro de los treinta días siguientes a tal negación, y el procedimiento se surtirá entonces como uno de control constitucional sobre una ley (artículos 74 y 75).

D. Tipología de sentencias constitucionales en la República de Corea

De acuerdo con el planteamiento del presente volumen, es pertinente entonces enunciar las distintas clases de decisiones judiciales que son expedidas por el alto tribunal. A partir del análisis de las competencias reseñadas, así como también de prácticas judiciales que se han encontrado desde la doctrina especializada, podría decirse que existen al menos diecisiete tipos de sentencias constitucionales.

Respecto a las sentencias de constitucionalidad de leyes, estarían dos categorías iniciales en cuanto la decisión bien sostiene la validez de la norma atacada o por el contrario la invalida. Pero como se ha dicho ya páginas arriba, la Corte ha expedido ‘decisiones modificadas’ que se han denominado como de ‘no conformidad,’ ‘inconstitucionalidad limitada,’ y ‘conforme limitadamente’.²⁰

Las sentencias surgidas a partir de acusaciones de altos funcionarios obedecen a dos clases; de un lado la decisión en que el tribunal confirma la moción transmitida desde el poder legislativo, en cuanto destituye al funcionario cuestionado. Y del otro la decisión en que la Corte se aparta de la moción remitida y, por tanto, absuelve al funcionario. De los procesos de disolución de partidos políticos resultan igualmente dos tipos de sentencias; bien la decisión que confirma la petición gubernamental y ordena la respectiva disolución del movimiento, o bien la que por el contrario no accede a dicha petición.

Decisiones que conciernen a los conflictos de competencia podrían ser inicialmente dos, las que confirman la existencia de la competencia alegada o las que la niegan; adicionalmente una sentencia en que se declara la amplitud de la competencia, así como otra en la que se confirma la acción u omisión de la agencia, o al contrario se revocan. Las sentencias

²⁰ Constitutional Court of Korea, *Thirty Years of the Constitutional Court of Korea*, 2018, pp. 125-126.

expedidas en recursos de queja por violación de derechos se enmarcan en dos categorías, en cuanto reconocen la transgresión del derecho y lo protegen o no encuentran la invasión alegada. Además, podría la decisión invalidar la norma habilitadora de la violación citada, o también declarar inconstitucional la omisión y ordenar a la autoridad competente para actuar conforme a la sentencia.

Las diferentes tipologías de sentencias se materializan en un importante número de casos decididos; sectores de la doctrina resaltan que entre 1988 y 2015 la Corte expidió 27,078 sentencias,²¹ número que al año 2020 crecía a 41,356.²²

E. Estado de cosas inconstitucional: Breve referencia al concepto en sentencias constitucionales surcoreanas dentro de un marco Ius-comparativista

Los estudios de derecho público comparado que relacionan al sistema de control constitucional de la República de Corea con otros modelos se han aproximado desde diversas perspectivas estructurales, procedimentales y materiales también.²³ Sin embargo, el estudio realizado para el presente capítulo ha permitido reseñar una doctrina relevante en la jurisprudencia constitucional comparada cuyo concepto aparece también en sentencias constitucionales surcoreanas, denominada ‘estado de cosas inconstitucional.’ Debido a que ya se han comparado el control constitucional colombiano y el surcoreano²⁴ —desde su establecimiento para el caso de Colombia y restablecimiento para el caso de la República de Corea, funciones y herramientas—, se hará una breve referencia a la

²¹ Won, Yoomin, *op. cit.*, p. 599.

²² Rhee, Woo-Young, *op. cit.*, p. 10.

²³ Véase González Quintero, Rodrigo, *Pactos Constitucionales y Control Constitucional: Una Aproximación desde el Derecho Comparado*, México, Porrúa, 2017; Lim, Jibong, "A Comparative Study of the Constitutional Adjudications Systems in the U.S., Germany and Korea", en *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, 6, Estados Unidos, 1999.

²⁴ González Quintero, Rodrigo, *op. cit.*

doctrina mencionada y a su evolución en el sistema colombiano, para luego realizar una breve exposición en sentencias surcoreanas.

I. El estado de cosas inconstitucional en Colombia: Elementos jurisprudenciales

El *estado de cosas inconstitucional* en Colombia es una figura de creación jurisprudencial que nace con la sentencia de la Corte Constitucional colombiana SU-559 de 1997, en la cual por primera vez el Tribunal utiliza y desarrolla este concepto. La Corte crea este mecanismo jurisprudencial con el fin de resolver las vulneraciones sistemáticas a los derechos constitucionales. En efecto, la Corte parte de la constatación de que el mecanismo de tutela —es decir la acción de amparo—, cuyo ámbito de aplicación se restringe a las partes, no permite la protección de un amplio número de personas o llevaría a que se tuvieran que hacer miles de tutelas sobre el mismo tema sin resolver la problemática de fondo y de manera estructural. De igual modo el tribunal parte de la premisa que ante estas situaciones, la acumulación de procesos y la reiteración jurisprudencial son insuficientes.

La Corte Constitucional colombiana, si bien reconoce que el estado de cosas inconstitucional no tiene directamente un fundamento constitucional directo, ésta "tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines (Constitución Política, artículo, 113)"²⁵ y que no hay razón para que se omita la notificación a las entidades del Estado de que un determinado *estado de cosas* resulta violatorio de la Constitución Política"²⁶ de Colombia.

Posteriormente la Corte consideró que la figura del estado de cosas inconstitucional tenía sustento en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, el cual prevé que la Corte puede establecer válidamente "los demás efec-

²⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-559 de 1997.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-559 de 1997.

tos del fallo para el caso concreto" de tutela y mantener su competencia "hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza".²⁷

Para la Corte colombiana, el estado de cosas inconstitucional se da cuando se reúnen los siguientes factores:

(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.²⁸

En definitiva, el estado de cosas inconstitucional es un mecanismo que le permite a la Corte establecer órdenes simples y complejas a diferentes entidades, de diferentes órdenes (pueden ser nacionales o territoriales) y hacer, a través del mecanismo de revisión que se ejerce en las salas específicas de seguimiento para cada asunto, seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas y mantener el estado de cosas hasta que se supere de manera integral y sistémica la vulneración de los Derechos constitucionales. Mientras que el estado de cosas inconstitucional se

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, Auto 385 de 2010.

²⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-025 de 2004.

mantenga, la Corte seguirá haciendo el debido seguimiento e impartiendo las órdenes necesarias para superarlo.

En cuanto a los derechos que pueden ser protegidos en materia de tutela y de estado de cosas inconstitucional, la Corte Constitucional colombiana ha hecho evolucionar su postura para establecer que lo importante no es la clase de derecho que se busca proteger (derechos civiles o derechos económicos y sociales), sino determinar su exigibilidad ante el juez constitucional y la carga de prestaciones significativas para el Estado, partiendo de las facetas prestacionales y no prestacionales de cada Derecho. Así las cosas, la Corte colombiana ha protegido no sólo derechos fundamentales sino también derechos económicos, sociales y culturales.²⁹

De este modo, la Corte colombiana ha reconocido el estado de cosas inconstitucional en casos diversos en relación con el derecho a la igualdad y la dignidad de los docentes, con los derechos de los condenados, con los derechos de la población víctima del desplazamiento forzado, la carrera y el concurso notarial, con la seguridad de los excombatientes de las FARC, con la situación de la niñez en el Departamento de la Guajira, con la transición del administrador pensional del régimen de prima media, con la mora de instituciones en la respuesta a los derechos de petición, entre otros.

Las medidas adoptadas por el tribunal constitucional colombiano son muy variadas, desde órdenes para la creación de planes de desarrollo sobre materias específicas, establecimiento de presupuesto, medidas concretas de aplicación de los planes, leyes y normas hasta obligar a las entidades a contratar personal para cumplir con las órdenes e inclusive contratar personas para que trabajen en la Corte para hacer el seguimiento a las órdenes impartidas.

En varias sentencias la Corte Constitucional ha establecido el alcance del Estado de cosas inconstitucional respecto de la labor que debe cumplir

²⁹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-268 de 2018.

el juez de tutela. Cuando ha sido reconocido un estado de cosas inconstitucional, el juez de tutela debe tomar decisiones que "deben armonizarse y articularse, en su contenido y en sus órdenes, a la estrategia judicial de superación del estado de cosas inconstitucional prevista"³⁰ por la propia Corte Constitucional. Por lo tanto, el juez de tutela no puede "desconocerla, contradecirla, asumirla *motu proprio*, ni valerse de ella para omitir sus deberes constitucionales frente a los derechos fundamentales".³¹ Por consiguiente, el juez de tutela no puede abstenerse de proteger los derechos fundamentales o incurrir en un déficit de protección de éstos mientras se excusa en la existencia de un estado de cosas inconstitucional. De igual modo la Corte Constitucional ha sido enfática en considerar que el juez de tutela tampoco puede desbordar sus competencias, o "faltar al rigor jurídico y empírico a la hora de conceder, en estas circunstancias, el amparo constitucional".³² Al juez de tutela le está vedado "(i) reformar una declaración de estado de cosas inconstitucional o declararlo superado, así como (ii) orientar o reorientar la estrategia de superación del estado de cosas inconstitucional",³³ lo cual es competencia exclusiva de la Corte Constitucional ya que ésta tiene una perspectiva "panorámica" del problema.³⁴

A manera de unificación,³⁵ el tribunal constitucional colombiano estableció la siguiente metodología para efectos de orientar las medidas protectoras concretas. Para ello el juez de tutela debe:

- (i) determinar si la afectación del derecho se encuentra asociada a una problemática estructural que se examine en el marco del seguimiento al estado de cosas inconstitucional;

³⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-268 de 2018.

³¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-268 de 2018.

³² Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-268 de 2018.

³³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-092 de 2021.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-092 de 2021.

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-092 de 2021.

- (ii) identificar si se han emitido órdenes en el seguimiento que se relacionan con el derecho a analizar;
- (iii) establecer si en el caso particular es necesario adoptar medidas adicionales o complementarias a las órdenes estructurales para conjurar la vulneración de los derechos sobre los cuales se solicita el amparo; y,
- (iv) verificar la coherencia entre las órdenes simples o complejas a adoptar en el caso concreto y las medidas estructurales, para lo cual, a su vez, debe considerar que:
 - a) el remedio a adoptar verse sobre las dimensiones del derecho que se protegieron en la orden estructural, lo que implica precisar cuál es el componente de la estrategia de superación del estado de cosas inconstitucional al cual se adscriben o en el cual inciden las órdenes simples y/o complejas que se llegue a determinar en el caso concreto.
 - b) los destinatarios de las órdenes, tiempos y modos de ejecución guarden correspondencia con la orden estructural, y
 - c) las órdenes a impartir no deberían interferir en el alcance de las medidas dispuestas para superar las falencias estructurales.

Para tomar decisiones cuando se ha declarado un estado de cosas inconstitucional, el juez de tutela deberá ser ponderado y tener en cuenta que él no puede dictar órdenes estructurales para proteger el derecho en cuestión, pero puede remitirse a las órdenes estructurales dictadas por la Corte. Sin embargo, si se trata de derechos no cobijados por las órdenes estructurales en este caso el juez podrá intervenir de manera estructural bajo el control posterior de revisión que tiene la Corte Constitucional.

De tenerse en cuenta lo expuesto, se puede decir que la figura del estado de cosas inconstitucional es un mecanismo jurisprudencial de una eficacia relativa, pues si bien ha permitido resolver algunas violaciones sistemáticas de derechos constitucionales, no ha logrado resolver las situaciones más críticas (desplazamiento forzado o situación carcelaria), por lo que tiene estados de cosas inconstitucional que llevan 18 años de

haber sido declarados. Así mismo, es una figura controvertida pues algunos alaban su existencia mientras que otros critican su falta de sustento jurídico y democrático. Sin embargo, es una figura ampliamente utilizada por la Corte Constitucional. Sólo en 2022 se han declarado dos nuevos casos y aún es objeto de evolución jurisprudencial, por lo que no parece que sea una figura que vaya a desaparecer en un futuro próximo.

II. El estado de cosas inconstitucional en la República de Corea: Aproximación desde la Jurisprudencia de la Corte Constitucional

a. Sentencia 96Hun-Ma172, Control Constitucional de Decisiones Judiciales (1997)

En la decisión la Corte expide una sentencia de ‘constitucionalidad limitada’ en la que —se podría afirmar como una ironía— se pronuncia acerca de una disposición de la Ley de la Corte. Decisión surgida a partir de una sentencia previa en que la Corte Constitucional había declarado como inconstitucional un aparte de la ley de impuesto sobre la renta, y luego siguió siendo aplicada por la Corte Suprema; y precisamente frente a una decisión adversa de la Corte Suprema —basada en la norma declarada inconstitucional previamente—, el ciudadano afectado entabló el recurso de queja constitucional.

El Alto Tribunal comienza por aclarar que "el artículo 68.1 de la Ley no debe interpretarse a manera de excluir el control constitucional sobre sentencias judiciales que en los que se haya aplicado normas invalidadas previamente".³⁶ Pese a que el control constitucional sobre sentencias judiciales es un fenómeno deseable para fortalecer la protección de derechos fundamentales, el citado artículo de la Ley no es inconstitucional puesto que no trasciende a la discreción del poder legislativo. Ahora

³⁶ Sentencia 96Hun-Ma172 (1997).

bien, la interpretación del mismo orientada a "excluir el control constitucional de aquellas decisiones construidas sobre normas invalidadas por la Corte Constitucional es una infracción de los derechos básicos de las personas"³⁷ y resulta en la inconstitucionalidad de la disposición.

Luego la Corte hará referencia a tipos de decisiones expedidas por ella, en cuanto que "las decisiones de inconstitucionalidad pueden tomar la forma de inconstitucionalidad no calificada, constitucionalidad limitada, inconstitucionalidad limitada, y no conforme con la Constitución, y todas ellas son de carácter obligatorio".³⁸ Es por ello que la sentencia de la Corte Suprema erigida sobre una norma que ha sido declarada previamente "como de inconstitucionalidad limitada es una violación de la fuerza vinculante que asiste a toda decisión emanada de la Corte Constitucional".³⁹ De manera que el recurso de queja incoado contra la citada decisión "debe ser admitido a manera de excepción".⁴⁰ Termina la sentencia de la Corte por explicar que en una sola actividad busca reforzar la invalidación de la norma y la salvaguarda de los derechos, en tanto que "es deseable para la realización del Estado de Derecho la eliminación del estado de cosas inconstitucional en un solo golpe, a la vez que entregue remedio efectivo a los derechos fundamentales infringidos".⁴¹

b. Sentencia 89Hun-Ma214, Ley de Planeación Urbana (1998)

La decisión obedece a una serie de recursos de queja suscitados a partir de procedimientos judiciales contra personas que implementaron proyectos de construcción —sin las autorizaciones administrativas previas— que fueron sujetos luego a órdenes de demolición. Las personas afectadas alegaban restricciones excesivas sobre el derecho de propiedad, origina-

³⁷ Sentencia 96Hun-Ma172 (1997).

³⁸ Sentencia 96Hun-Ma172 (1997).

³⁹ Sentencia 96Hun-Ma172 (1997).

⁴⁰ Sentencia 96Hun-Ma172 (1997).

⁴¹ Sentencia 96Hun-Ma172 (1997).

das tanto en la Ley de Planeación Urbana como en las normas reglamentarias de la misma.

La Corte enfoca la discusión en la posible violación que la norma implica al derecho de propiedad; así, es un derecho constitucional cuyo contenido y límites se trasladan al régimen legal de acuerdo con el bienestar común. De manera que el espectro "de restricción dependerá del significado del derecho tanto en forma individual como en su reflejo sobre la sociedad como un todo. Por lo que a mayor objeto social del derecho, mayor importancia será su función, y entonces la restricción legislativa del mismo será más amplia".⁴²

Sin embargo, las disposiciones legales atacadas resultan en una prohibición general para el uso del suelo urbano, permitiendo escasamente las obras que puedan calificarse como 'mejora' o 'mantenimiento,' de manera que "es difícil imaginar actividades de construcción que no contradigan esa designación".⁴³ Entonces bajo el entendido de que el carácter social y público del derecho a la propiedad de suelo urbano permitiría la imposición de restricciones más severas, en cualquier caso "las normas que lo restrinjan deben enmarcarse dentro de las reglas de proporcionalidad y de no restricciones excesivas, a la vez que no pueden extinguir el contenido esencial de ese derecho de propiedad en cuanto uso, ganancia y disposición".⁴⁴

Las disposiciones legales atacadas se enmarcan dentro de los límites constitucionales y legales permitidos sobre el derecho de propiedad, siempre que no afecte el uso del suelo de acuerdo con su clasificación original. Así cualquier afectación que trascienda a ese uso deberá ser contemplada por el legislador mediante "normas que permitan la indemnización y alivien la carga excesiva".⁴⁵ Además de la compensación

⁴² Sentencia 89Hun-Ma214 (1998).

⁴³ Sentencia 89Hun-Ma214 (1998).

⁴⁴ Sentencia 89Hun-Ma214 (1998).

⁴⁵ Sentencia 89Hun-Ma214 (1998).

económica la Corte plantea alternativas adicionales como el cambio de clasificación en el uso del suelo.

Aclara el tribunal que pese a su inconstitucionalidad, no es deseable extinguir la validez de la normas atacadas; primero, porque su invalidez deriva de la ausencia de compensación para algunos eventos que resultan en cargas excesivas sobre ciertos propietarios. Y segundo, porque formalmente "la Corte no puede restaurar el estado de cosas constitucional tan solo eliminando la norma, pues solo será completo una vez el legislador revise y corrija los defectos de la norma",⁴⁶ pues en definitiva ese legislador "tiene el deber de eliminar la inconstitucionalidad al restaurar la proporcionalidad existente entre el propósito legislativo y el derecho a la propiedad del suelo urbano".⁴⁷ Por tanto, la norma atacada es declarada como 'no conforme con la Constitución'.⁴⁸

c. Sentencia 2000Hun-Ma134, Caso de Votos por Persona (2001)

La decisión surge a partir de recursos de queja —luego consolidados— relacionados con la inconstitucionalidad alegada de diversas disposiciones contenidas en normas electorales —Ley de Elecciones Públicas, artículos relativos a entrega de depósitos dinerarios para candidatos y votación representativa en distritos—.

Al comenzar su análisis el tribunal afirma que el derecho a ser elegido no debe estar sujeto a restricciones innecesarias; de manera que si bien "el objeto del requisito de depósito es prevenir las candidaturas superfluas [...] la cantidad dineraria debe ser la mínima [...] pues no debe restringir el derecho a ser elegida de aquella persona que sinceramente está compitiendo".⁴⁹ En ese sentido el monto del depósito requerido por la Ley

⁴⁶ Sentencia 89Hun-Ma214 (1998).

⁴⁷ Sentencia 89Hun-Ma214 (1998).

⁴⁸ Sentencia 89Hun-Ma214 (1998).

⁴⁹ Sentencia 2000Hun-Ma134 (2000).

no es justo para ciudadanos de medios económicos ordinarios, por lo que resulta en un "estado de cosas [inconstitucional] que no ha cambiado en varios años".⁵⁰ Entonces, aunque prive sólo a pocos aspirantes de participar en elecciones —especialmente a aquellos que no tienen filiación con movimientos políticos fuertes— la norma es contraria a principios democráticos elementales.

⁵⁰ Sentencia 2000Hun-Ma134 (2000).

TRIBUNALES REGIONALES Y SUPRANACIONALES

33. Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Ignacio García Vitoria*

* Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid (2007). Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid y coordinador del programa de doctorado de la Facultad de Derecho de la misma Universidad.

SUMARIO: A. Introducción. B. Composición y organización. Sentencias definitivas. C. Competencias. Control de convencionalidad de la ley. D. La tutela cautelar como medio para garantizar la efectividad de la sentencia. E. Restitutio in integrum y satisfacción equitativa. F. Obligaciones derivadas de una condena. G. Referencias en las sentencias a las medidas de cumplimiento. H. El procedimiento de las sentencias piloto. I. Supervisión del cumplimiento. J. Interpretación vinculante. K. Conclusión. L. Bibliografía.

A. Introducción

El método comparado no suele tener únicamente como objetivo ampliar el conocimiento. Se cotejan las experiencias para justificar o criticar una determinada situación o para proponer reformas. La aplicación de las categorías de la justicia constitucional a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante Tribunal Europeo) se utiliza para respaldar los profundos cambios que en las últimas décadas ha experimentado el Convenio Europeo como consecuencia de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo y que suscitan debate porque se han producido al margen del procedimiento de reforma.¹ Algunas de esas novedades son las sentencias piloto, el señalamiento de medidas de

¹ García Roca, Javier, *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters/Civitas, 2019. La idea de constitucionalización aparece previamente en Sadursky, Wojciech, "Partnering with Strasbourg: Constitutionalization of the European Court of Human Rights, the Accessión of Central and East European States to the Council of Europe and the idea of pilot judgments", *European University Institute Department of Law Working Paper*, n° 2008/33.

reparación y la implicación del Tribunal Europeo en la supervisión del cumplimiento de las sentencias.

La tesis de la progresiva constitucionalización trata de encontrar una explicación global a estas variaciones en la transformación del sistema del Convenio. Los cambios mencionados en la eficacia de las sentencias, así como otros relacionados con la interpretación de los derechos, serían el resultado de una transición en la función del Tribunal Europeo, éste habría pasado de ser un órgano encargado de tutelar los derechos subjetivos reparando subsidiariamente lesiones individuales que los tribunales nacionales no habrían podido depurar a otro muy distinto cuya misión es ser intérprete supremo del Convenio y promover reformas estructurales que pongan fin a violaciones sistemáticas de los derechos. La constitucionalización consistiría en la asunción por parte del citado Tribunal Europeo de una función de garantía objetiva de los derechos, fijando estándares generales y removiendo las causas estructurales que provocan lesiones reiteradas. De esta manera, el Tribunal se ocuparía de manera prioritaria del control de la legislación y de la dirección política del Estado, así como de los obstáculos al cumplimiento de sus sentencias. En resumen, no se pretende asimilar al Tribunal Europeo a un determinado modelo de tribunal constitucional, sino subrayar la metamorfosis en cuanto a la función que el primero debe desarrollar.

Esta mutación sería a su vez una respuesta del Tribunal para adaptarse a las circunstancias, marcadas por la ampliación del Consejo de Europa a los países del antiguo bloque comunista, la presencia de Estados que no comparten el modelo de democracia liberal y la carga de trabajo derivada del acceso individual. El número de Estados parte, 47, y las diferencias en la concepción de los derechos que mantienen algunos de ellos dificultan llevar a cabo enmiendas en el Convenio.

B. Composición y organización. Sentencias definitivas

El Tribunal de Estrasburgo está integrado por jueces elegidos por un mandato no renovable de 9 años. Son elegidos por la Asamblea Parlamentaria

del Consejo de Europa a propuesta de cada Estado (artículo 22 del Convenio). La regla general es que las sentencias sean dictadas por una Sala formada por siete jueces. Sin embargo, la decisión sobre el fondo del asunto puede corresponder a un Comité formado por tres jueces, si sobre la cuestión planteada ya existe jurisprudencia consolidada (artículo 28 del Convenio). Asimismo, la Sala puede inhibirse a favor de la Gran Sala, formada por 17 jueces (artículo 30 del Convenio).

Para determinar cuándo las sentencias de Sala son definitivas hay que tener en cuenta que existe un procedimiento de remisión del asunto a la Gran Sala, a instancia de parte y en el plazo de tres meses a partir de la fecha de la primera sentencia (artículos 43 y 44 del Convenio). La Gran Sala ha modificado el criterio de la Sala en algunos casos destacados.²

Las sentencias definitivas tienen fuerza de cosa juzgada. Frente a éstas no cabe ulterior recurso. Además, el estado jurídico de la cuestión que queda tras la decisión del Tribunal Europeo no puede ser reabierto en procesos posteriores. El artículo 35 del Convenio establece que no se admitirá ninguna demanda que: "sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal".³

C. Competencias. Control de convencionalidad de la ley

El Tribunal Europeo carece de competencia para declarar la invalidez de la ley. Las sentencias de este Tribunal resuelven las demandas sobre violación del Convenio presentadas por los Estados o, más frecuentemente, por particulares. Estos últimos tienen la posibilidad de presentar una demanda individual tras agotar las vías internas de protección de los derechos fundamentales.⁴

² Tribunal Europeo, v.gr.: *Sentencias Scoppola contra Italia* (nº3), 22 de mayo de 2012, en relación con el voto de los presos, y N.D. y N.T. contra España, 13 de febrero de 2020, en el caso de las devoluciones de migrantes en la valla fronteriza de Melilla.

³ Reglamento de procedimiento regula la solicitud de revisión de sentencia, artículo 80.

⁴ En 2020, se dio curso a 41.700 demandas. La mayoría de las demandas fueron inadmitidas por falta de algún requisito procesal. En el año anteriormente citado, Tribunal Europeo, sentencia en

La regla general es que el Tribunal Europeo realiza un control concreto sobre la existencia de una vulneración de un derecho fundamental. El Pleno del Tribunal en la sentencia *Golder contra el Reino Unido*, 21 de febrero de 1975, acuñó la máxima de que la función del Tribunal Europeo no es revisar la legislación en abstracto, sino examinar preferentemente la aplicación de la norma en el caso concreto. Esta solución es coherente con el sistema de acceso al tribunal mediante demanda individual —es diferente la lógica de las opiniones consultivas— en un caso como el referido en el que la administración dispone de un margen de discrecionalidad en la aplicación de la norma. El Tribunal eludió de esta forma pronunciarse sobre la restricción de las comunicaciones de los presos por parte de la legislación penitenciaria, para centrarse en cómo la administración había rechazado la petición del demandante para consultar a un abogado sobre la posibilidad de presentar una demanda por difamación contra un funcionario de la cárcel.

El problema se plantea cuando la ley determina automáticamente las consecuencias del supuesto de hecho y no deja margen de discrecionalidad al ejecutivo o al poder judicial. Por ejemplo, cuando la ley establece una prohibición categórica de que los presos puedan votar.⁵ Otros ejemplos tienen que ver con la igualdad en la ley, cuando la norma establece diferencias de trato respecto a la adopción o la reagrupación familiar para las personas que conviven con una pareja de su mismo sexo.⁶

Es verdad que el Tribunal Europeo no puede declarar la nulidad de las disposiciones legales nacionales, pero no es extraño que se declare una

relación con 1.901 asuntos, mientras que decidió la inadmisión o la terminación sin sentencia de 37.289 demandas.

⁵ Sobre el caso *Hirst* (núm. 2) contra el Reino Unido, 6 de octubre de 2005, puede verse García Vitoria, Ignacio, "La garantía europea del voto de los presos", en Ríos Vega, Luis Efrén y Spigno, Irene (coords.), *Los Derechos Fundamentales en el siglo XXI*, tomo IV, Los derechos civiles y políticos. Estudios de casos líderes europeos. Vol. XXIII. Las elecciones libres en la doctrina de Estrasburgo, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2021.

⁶ Tribunal Europeo: casos X y otros contra Austria, del 19 de febrero de 2013, y *Pajic* contra Croacia, del 23 de febrero de 2016.

ley incompatible con los estándares del Convenio. De manera más o menos explícita.⁷ En las restricciones legales, el Tribunal Europeo ha considerado que las circunstancias específicas de los demandantes son irrelevantes y ha negado que el control de convencionalidad suponga un juicio en abstracto sobre la ley.⁸

Los efectos de una declaración de incompatibilidad por parte del Tribunal Europeo puede que no sean tan disímiles en la práctica a los que tendría una declaración de invalidez y nulidad de una ley, pues las obligaciones internacionales de los Estados miembros obligan a modificar de buena fe las leyes declaradas incompatibles con el Convenio.⁹ Además, los tribunales nacionales pueden ejercer el control de convencionalidad de manera difusa para declarar inaplicable la ley.

Una situación particularmente enrevesada se produce cuando se plantea si la norma es excesiva —*overinclusive*—, porque se extiende a supuestos que difícilmente pueden justificarse en atención a los objetivos pretendidos por la norma. Si bien en la mayoría de los casos la restricción es adecuada a los fines pretendidos, la aplicación de la norma puede resultar desproporcionada para un determinado grupo de destinatarios. Por ejemplo, una interdicción del voto que puede ser razonable cuando se aplica a los condenados por determinados delitos y el problema surge únicamente por la extensión de la medida a todos aquellos que estén cumpliendo una pena privativa de libertad, con independencia del delito cometido y de la duración de la condena. En un sistema en el que se accede al Tribunal mediante una demanda individual y relativa a una violación concreta, puede cuestionarse si el Tribunal debe entrar a conocer de este tipo de vicio en la norma si el recurrente forma parte del grupo de destinatarios para los que la norma podría resultar proporcionada. ¿Debe tener en cuenta el Tribunal si el demandante siguiera

⁷ Un ejemplo claro de declaración de "inconvencionalidad" de la ley o de incompatibilidad de la ley con el Convenio lo encontramos en: Tribunal Europeo, Pajic contra Croacia, de 23 de febrero de 2016, párrafo 85.

⁸ Tribunal Europeo, X y otros vs. Austria, de 19 de febrero de 2013, párrafo 126.

⁹ García Roca, Javier, *op. cit.*

estando privado del derecho de voto en la hipótesis de que la norma se hubiera redactado de forma diferente, de modo que ésta fuera plenamente compatible con el Convenio? ¿Debe examinar si la norma es proporcional en términos generales o debe aplicar lo que podríamos denominar una proporcionalidad personalizada o individualizada?¹⁰

Un precedente relevante es la Sentencia Hirst, en la que se entró a conocer sobre la generalización de la privación del sufragio para todos los presos, y no circunscribió su enjuiciamiento al momento de su aplicación y a las circunstancias concretas del demandante. La Corte de Estrasburgo no quiso seguir una estrategia minimalista, sino que decidió aprovechar el asunto para sentar un estándar europeo. El voto particular encabezado por Wildhaber, se mostró beligerantemente contrario a este modelo de control. Según el voto particular, la función del Tribunal no es revisar en abstracto la legislación, sino determinar si la aplicación en el caso ha producido una violación del Convenio. Por tanto, para los jueces que suscribieron el voto discrepante, el enjuiciamiento del Tribunal debería haberse ceñido a las circunstancias del caso Hirst: un hombre condenado a cadena perpetua por homicidio. En consecuencia, no habría necesidad de plantearse la proporcionalidad de la privación del voto respecto de los delitos menos graves o las sentencias de corta duración.¹¹

¹⁰ Tribunal Europeo, sentencia Biao contra Dinamarca, de 25 de marzo de 2014, referente a la reagrupación familiar de los familiares extranjeros, voto particular de los jueces Sajó, Vučinić y Kúris, párrafo 22.

¹¹ Como complemento a la reflexión sobre el modelo de control, cabe apuntar algunas discrepancias acerca del resultado al que llevaba un control concreto o individualizado de la proporcionalidad. La Sala se basó en las particularidades de la prisión permanente para avalar la vulneración del Convenio. La Sala indicó que el demandante estaba cumpliendo una pena de prisión permanente, que ya había completado la parte fija de la condena y que únicamente permanecía en prisión porque se consideraba que seguía siendo un peligro para la sociedad. El Tribunal Europeo sostuvo que, durante esta segunda parte de privación de la libertad, estaban ausentes los fines que según el Gobierno debía cumplir la interdicción del voto. La desvinculación del internamiento con la finalidad retributiva o preventiva general de la pena, que eran las razones que justificaban tanto el término fijo de la pena de prisión como la medida accesoria de privación de derechos políticos, conduciría al levantamiento de la privación del sufragio (párr. 49). Por el contrario, el voto particular de la sentencia de la Gran Sala se fijó únicamente en la gravedad del delito cometido por el demandante.

Otro ejemplo relevante es el examen que realiza la Sentencia Biao contra Dinamarca, 25 de marzo de 2014, de una ley que limitaba el derecho de reunificación familiar. La ley exigía dos requisitos alternativos para que un nacional danés pudiera obtener un permiso de residencia para su cónyuge extranjero: haber residido en Dinamarca durante más de 28 años o que ambos cónyuges tengan unos lazos más fuertes con Dinamarca que con cualquier otro país. En la práctica, la norma hacía muy difícil que quienes adquirirían la nacionalidad siendo adultos pudieran obtener la reunificación para sus cónyuges. En el caso concreto, el demandante hacía solo dos años que había obtenido la nacionalidad. La Sala desestimó la demanda basándose en las circunstancias personales del recurrente. En cambio, la Gran Sala apreció que se había violado el principio de igualdad, examinando los efectos generales de la norma, que indirectamente supondría una discriminación a favor de los cónyuges de ciudadanos con origen étnico danés frente a aquellos que han adquirido la nacionalidad de manera derivada.

D. La tutela cautelar como medio para garantizar la efectividad de la sentencia

Para garantizar la efectividad de la tutela que presta el Tribunal Europeo, la doctrina ha propuesto adoptar una perspectiva de conjunto, en la que se tenga en cuenta las medidas cautelares durante el proceso, las medidas que se incluyen en la sentencia y la fase posterior de ejecución.¹² Se trata de un entendimiento más completo de la función jurisdiccional, que suma la tutela cautelar a la definición tradicional de "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado", subrayando la conexión entre los tres momentos. La doctrina sugiere que el Tribunal Europeo observe las medidas cautelares, previstas en el artículo 39 del Reglamento del Tribunal, como un

De acuerdo con el voto particular, la privación del voto sería una medida claramente proporcionada en los casos de delitos particularmente graves o cuando se impone una pena de prisión prolongada.

¹² Keller, Helen y Marti, Cedric, "Reconceptualizing implementation: the judicialization of the execution of the European Court of Human Rights judgements", *European Journal of International Law*, Volume 26, Issue 4, November 2015, p. 831.

medio para garantizar la posibilidad de un restablecimiento pleno del demandante en la integridad de su derecho.¹³

La estrecha vinculación entre las medidas cautelares y el cumplimiento de la sentencia llevaría a una intensificación del uso que el Tribunal hace de las medidas cautelares. El Tribunal debería, según este sector de la doctrina, adoptar medidas cautelares cuando el demandante demuestre que la *restitutio in integrum* resultará imposible en el momento de la sentencia. Este criterio sería más amplio que el que actualmente emplea el Tribunal Europeo, que adopta medidas cautelares principalmente respecto de casos en los que el daño resulta irreversible, como sucede cuando está en riesgo el derecho a la vida o a la integridad personal (artículos 2 y 3 del Convenio). Este cambio supondría, por ejemplo, que el Tribunal también adoptara medidas cautelares para proteger el derecho de propiedad cuando no fuera posible la restitución del bien, como sucede con la destrucción de una vivienda.

E. *Restitutio in integrum* y satisfacción equitativa

El artículo 41 del Convenio prevé la opción de conceder una satisfacción equitativa a la parte perjudicada, en concepto de daños materiales y morales, costas y gastos.¹⁴ El Tribunal tiende a hacerlo casi siempre que estima una demanda, pero hay ocasiones en las que basta con el mero reconocimiento de la violación del derecho, la propia sentencia satisface el daño moral, y la indemnización no se concede, pero puede acordar que se abonen los gastos de representación y las costas procesales.¹⁵ ¿Cómo se articula esta satisfacción equitativa con las medidas de reparación?

¹³ *Ibidem*, pp. 833-834.

¹⁴ President of the ECtHR, Practice Direction on Just Satisfaction Claims, in accordance with Rule 32 of the Rules of the Court, 28 March 2007, Rules of the Court-19 September 2016. Sobre la posibilidad de incrementar las indemnizaciones para que tengan un efecto disuasorio puede verse Fikfak, Veronica, "Changing State behavior: damages before the ECtHR", en *European Journal of International Law*, 2018, vol. 29, n°4, pp. 1091-1125.

¹⁵ Puede verse, por ejemplo: Tribunal Europeo, Caso Saadi contra Italia, 28 de febrero de 2008, párrafo 188.

La satisfacción equitativa fue concebida en el Convenio como algo subsidiario, según refleja claramente el tenor literal del artículo 41 del CEDH, para cuando: "el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación". Sin embargo, la práctica del Tribunal durante muchísimos años fue referirse únicamente a la satisfacción equitativa en sus sentencias. Esto no significa que no debiera haber otras medidas de reparación, pero estas quedaban a la discreción de los Estados o formaban parte del contenido de los informes de seguimiento ante el Comité de Ministros. El Tribunal ha cambiado poco a poco su posición, implicándose en la búsqueda de una plena *restitutio in integrum* a través de la especificación en la sentencia de otros tipos de medidas y del procedimiento de las sentencias piloto, como se verá más adelante.

F. Obligaciones derivadas de una condena

La declaración de una violación del Convenio conlleva tres tipos de obligaciones para el Estado condenado. El deber de acatar las sentencias definitivas, previsto en el artículo 46.1 del Convenio, se traduce en las obligaciones de poner fin a la vulneración, reparar a la víctima y garantizar que no se repetirán violaciones similares en el futuro. Las obligaciones de reparación y de no repetición derivadas de las sentencias condenatorias en el ámbito del Convenio siguen la lógica del Derecho Internacional.¹⁶ Pero esta técnica puede compararse asimismo con las sentencias constitucionales de amparo y con la jurisdicción contencioso-administrativa. Reparar el daño es, finalmente, un principio general de todo Derecho.¹⁷

La observación de la fase de ejecución de las sentencias, con los informes de los Estados y del Comité de Ministros, permite a la doctrina sistema-

¹⁶ International Law Commission (ILC), *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN Doc A/56/83, 3 August 2001, arts. 30, 31, 55.

¹⁷ García Roca, Javier, *op. cit.*

tizar las medidas derivadas de una condena, clasificándolas de acuerdo con una tipología en la que se distingue entre medidas de carácter individual, para que la violación cese y reparar el daño, y general, para prevenir que una violación similar vuelva a producirse y poner fin a las lesiones estructurales.¹⁸

La puesta en libertad de personas que se encuentran detenidas de manera ilegal o arbitraria o que cumplen una condena contraria a un derecho del Convenio es el ejemplo más característico de medida individual de cesación.

El escenario de las reparaciones evoluciona continuamente y el actual elenco de medidas que pueden adoptarse es extenso y variado, siendo difícil establecer una lista cerrada. Por este motivo, solo mencionaré la reapertura de los procedimientos judiciales, por cuanto es aplicable para lograr la *restitutio in integrum* en diversos tipos de lesiones.¹⁹ El Tribunal Europeo carece de competencia para revocar las decisiones de los tribunales nacionales, por lo que la reapertura depende de la existencia en los ordenamientos internos de procedimientos adecuados de revisión de las sentencias nacionales.

Las medidas generales tienen como finalidad poner fin a violaciones continuas del Convenio o prevenir violaciones similares a las que el Tribunal Europeo ha constatado en su sentencia. La importancia de esta obligación de adoptar medidas generales es capital para la eficacia del sistema y contribuye a reducir la carga de trabajo del Tribunal, que recibe anualmente un elevado número de demandas repetitivas. La doctrina ha sistematizado las medidas generales de no repetición en al menos seis

¹⁸ Sigo en la clasificación a: Saavedra, Pablo *et al.*, "Reparación y supervisión de sentencias", en García Roca, Javier y Carmona, Encarna (coords.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Aranzadi/Thomson Reuters, 2017, pp. 211-268.

¹⁹ Committee of Ministers of the Council of Europe adopted Recommendation No. R (2000) 2 on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights.

categorías:²⁰ a) publicación y difusión de la sentencia; b) reformas legislativas; c) reformas constitucionales; d) modificación de la jurisprudencia de los tribunales nacionales; e) creación de recursos internos efectivos; y, f) reformas de carácter material, como la reforma de las prisiones.

En ocasiones, los Estados invocan ante el Comité de Ministros el efecto directo de la jurisprudencia del Tribunal para dar garantías de no repetición. La eficacia directa del Convenio supondría la inaplicación inmediata de las disposiciones legislativas internas o las prácticas jurisprudenciales contrarias a tales exigencias. Si la lesión deriva de una determinada interpretación del Derecho interno por parte del poder judicial, puede ser suficiente esgrimir la obligación de interpretar el derecho interno de conformidad con las exigencias del Convenio.

G. Referencias en las sentencias a las medidas de cumplimiento

El Tribunal Europeo, en el Caso Marck contra Bélgica, de 13 de junio de 1979, defendía que las sentencias tienen carácter declarativo y dejaba a los Estados la elección de las medidas que deben adoptarse en el Derecho interno para cumplir las obligaciones derivadas de la sentencia (párrafo 58).²¹ Esta caracterización de las sentencias como vinculantes, pero no ejecutivas, queda difuminada por la tendencia más reciente del Tribunal Europeo de incluir en las sentencias referencias a las medidas que deben adoptar los Estados. La novedad no radica en la obligación de adoptar este tipo de medidas, ni en que forman parte del procedimiento de supervisión por parte del Comité de Ministros, sino en que el propio Tribunal Europeo las especifique en las sentencias. Se produce una progresiva judicialización de la implementación de las sentencias del Tribunal Europeo. Esta ya no es una competencia exclusiva de los Estados,

²⁰ Saavedra, Pablo *et al.*, *op. cit.*

²¹ La afirmación sirvió para sostener que el Convenio no le atribuye al Tribunal Europeo competencia para ordenar a un Estado que modifique su legislación, ni para indicar los efectos en el tiempo de la declaración de vulneración de los derechos fundamentales.

de forma individual y a través del Comité de Ministros, sino que se percibe como una competencia compartida con el propio Tribunal.²²

Entre las medidas que se explicitan en las sentencias, encontramos ejemplos de medidas de cesación, con indicación de la obligación de poner en libertad al demandante.²³

Dentro de las medidas individuales de reparación, el Tribunal ha hecho referencia a diversos tipos de medidas. Ha incluido a veces en sus sentencias un mandato de reapertura del procedimiento a instancias de la víctima. O para captar con mayor exactitud el tono diplomático que suele emplear el Tribunal, la sentencia señala que la reapertura sería el remedio más apropiado.²⁴ Pero no es la única medida de reparación que señala el Tribunal. Podemos citar, como muestra, la obligación de realizar una investigación independiente sobre los bombardeos contra civiles.²⁵

En ocasiones, el Tribunal Europeo también apunta a la adopción de medidas generales. Dentro del procedimiento de las sentencias piloto y también al margen. Como ejemplo de sentencia en la que se indica la necesidad de reformar una disposición legislativa contraria al Convenio puede citarse *Ürper y otros contra Turquía*, 20 de noviembre de 2009.²⁶ La sentencia señala, con fundamento en el artículo 46 del Convenio, que la causa de la violación de la libertad de información está directamente en la ley que habilita a suspender durante un mes la publicación

²² Keller, Helen y Marti, Cedric, *op. cit.*, p. 831.

²³ Tribunal Europeo, caso *Assanidzé contra Georgia*, 8 de abril de 2004; Tribunal Europeo, Caso *Ilaşcu y otros contra Moldavia y Rusia*, 8 de julio de 2004; Tribunal Europeo, Caso *Fatullayev contra Azerbaijan*, 22 abril 2010; Tribunal Europeo, Caso *Del Río Prada contra España*, 21 de octubre de 2013.

²⁴ Esta cláusula se conoce como "cláusula *Gençel/Öcalan*", ya que fue utilizada por primera vez en los Casos: Tribunal Europeo, *Gençel contra Turquía*, 23 de octubre de 2003 (párrafo 27); y, Tribunal Europeo, *Öcalan contra Turquía*, 12 de mayo de 2005 (párrafo 210). En ambos casos se analiza una condena impuesta por un tribunal nacional que no cumple los estándares de imparcialidad.

²⁵ Tribunal Europeo, Caso *Abuyeva contra Rusia*, 2 de diciembre de 2010, párrafo 243; y Tribunal Europeo, Caso *Benzer contra Turquía*, 12 de noviembre de 2013, párrafos 218 y 219.

²⁶ Posteriormente, Tribunal Europeo, Caso *Gözel y Özer contra Turquía*, 6 de julio de 2010.

de periódicos cuyo contenido constituya propaganda a favor de una organización terrorista. La decisión es adoptada por un juez o por la fiscalía, si el retraso en la suspensión pudiera causar perjuicios. A continuación, la sentencia afirma que constituye una práctica del Tribunal, cuando descubre un problema sistémico, indicar las medidas que sería deseable adoptar, con la finalidad de ayudar a los Estados miembros a encontrar la solución apropiada y al Comité de Ministros a supervisar la ejecución de la sentencia (párrafo 52). La sentencia concluye que el Estado debería revisar la citada ley.

Puede encontrarse otra muestra destacada de señalamiento de medidas generales, en este caso de reforma constitucional, en la serie de casos relacionados con el derecho de sufragio pasivo en Bosnia Herzegovina. La Constitución establece una presidencia tripartita y un cámara alta del parlamento con la finalidad de representar lo que se califica como "pueblos constituyentes" (bosnios, croatas y serbios). Dentro de este complejo equilibrio que resulta de los acuerdos de paz, solo los miembros de estas comunidades pueden presentarse a las elecciones presidenciales y a la cámara alta. La sentencia de referencia, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, 22 de diciembre de 2009, estimó lesionado el derecho de sufragio de otros pueblos, judíos y gitanos, sin señalar expresamente la necesidad de adoptar medidas generales, aunque implícitamente era claro que la ejecución de la sentencia precisaba de reformas constitucionales y legislativas. En una sentencia posterior sobre el mismo tema, *Zornić v. Bosnia and Herzegovina*, 15 de julio de 2014, el Tribunal quiso al amparo del artículo 46 de la Convención subrayar la obligación del Estado de dotarse de un sistema de representación política que no sea discriminatorio (párrafo 43). La sucesión de una primera sentencia declarativa, las resoluciones del Comité de Ministros indicando la necesidad de reformas y la segunda sentencia insistiendo en las reformas legislativas y constitucionales muestra la colaboración entre el Tribunal y el Comité de Ministros en un caso donde resulta particularmente complicado remover la causa de la violación del derecho fundamental.

Las medidas pueden indicarse en los fundamentos de las sentencias o, de manera excepcional, en la parte dispositiva o fallo.²⁷

H. El procedimiento de las sentencias piloto

Las sentencias piloto persiguen hacer frente a las violaciones reiteradas, las llamadas demandas repetitivas, que responden a causas estructurales. El Tribunal señala a las autoridades nacionales las medidas generales adecuadas para repararlas y remover las causas.²⁸ Su aparición debe conectarse con la finalidad de aliviar la pesada carga de demandas que llegan al Tribunal y al mismo tiempo con reaccionar de manera más eficaz frente a las violaciones estructurales del Convenio.

Varias recomendaciones o resoluciones del Comité de Ministros impulsaron al Tribunal a actuar para identificar violaciones y fallos estructurales en las regulaciones y protecciones internas, de manera que el uso de esta técnica tiene el consentimiento de los Estados.²⁹ Conviene, no obstante, subrayar que el origen de la herramienta y su construcción fue jurisprudencial, a partir del Caso Broniowsky contra Polonia, 22 junio 2004. Posteriormente, los rasgos de esta herramienta y las reglas de actuación han sido codificadas en el artículo 61 del Reglamento de

²⁷ La obligación de reabrir el procedimiento se plasma en el fallo: Tribunal Europeo, Claes contra Bélgica, 10 de enero de 2013. La no ejecución de la expulsión de un extranjero forma parte del fallo: Tribunal Europeo, de Saadi contra Italia, de 28 de febrero de 2008. En: Tribunal Europeo, A.C. y otros contra España, 22 de abril de 2014, el Tribunal ordenó explícitamente que los demandantes, solicitantes de asilo saharauis, permanecieran en España hasta que sus demandas de asilo fueran examinadas por los tribunales internos.

²⁸ Entre otros, Fyrnys, Markus, "Expanding competences by judicial lawmaking. The pilot judgments procedure of the ECtHR", *German Law Journal*, vol. 12, n° 5-6, 2011, pp. 1231-1260; Abrisketa, Joana, "Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Juez a legislador", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, 2013, pp. 73-99; y Queralt, Argelia, "Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del TEDH", en *Teoría y Realidad Constitucional*, n°42, 2018, pp. 395-424.

²⁹ Tribunal Europeo, Resolución Res (2004) 6 del Comité de Ministros sobre sentencias que revelan un problema de violaciones sistemáticas, de 12 de mayo de 2004; y, Tribunal Europeo, Recomendación Rec. (2004) 6 del Comité de Ministros a los Estados miembros, para mejorar los remedios nacionales, de la misma fecha, donde se recordaba que ellos son los primeros responsables de garantizar los derechos.

procedimiento del Tribunal Europeo, tras fracasar su introducción en el Convenio directamente por el Protocolo 14.

El Reglamento pide al Tribunal que, antes de tramitar una demanda a través del procedimiento de sentencias piloto, pregunte la opinión de las partes acerca de si concurre un problema estructural o sistémico. Pero también las propias partes pueden pedir por sí mismas el inicio. Son unos procedimientos de tramitación preferente. El Tribunal selecciona una o varias demandas, y debe en la sentencia piloto identificar la naturaleza de la disfunción o problema, y las medidas para repararlo. Mientras se ejecuta, la Corte puede suspender la decisión de otras demandas similares y la concesión de justas satisfacciones, informando a las partes de lo que ocurre. Para propiciar la transparencia y la eficacia, el Tribunal Europeo debe dar información sobre estos casos piloto en su web, e informar a las demás instituciones del Consejo de Europa.

El Tribunal Europeo aplica el procedimiento de forma flexible. Por ejemplo, en *Rumpf contra Alemania*, 2 septiembre 2010, sobre la excesiva duración de los procedimientos civiles, el Tribunal pidió la creación de un remedio interno frente a las dilaciones indebidas. Sin embargo, consideró que no era necesario suspender la tramitación de las demandas similares durante el tiempo en el que el Estado adopta las reformas precisas para adaptarse al estándar europeo. La sentencia añade que la continuación de los procedimientos pendientes ante el Tribunal Europeo sirve para recordar al Tribunal la necesidad de cumplir sus obligaciones con el Convenio (párrafo 75).³⁰

Se indican en estas sentencias piloto la necesidad de modificar las normas internas, fijando plazos para hacerlo. Las instrucciones sobre los cambios necesarios se incluyen en el fallo de las sentencias junto al plazo

³⁰ Algunos autores califican este tipo de actuación como sentencias "cuasi piloto". Grawentvarter, Christoph, "The European human rights model - With a special view to the pilot judgment procedure of the Strasbourg Court", en *Austrian Review of International and European Law*, 2011, 16, pp. 61-63.

para cumplirlas. Son algo más que unas simples recomendaciones, pues en ellas el Tribunal Europeo se adentra en las medidas generales de reparación y, en consecuencia, su obligatoriedad y vinculación debe ser intensa.³¹

Para valorar la eficacia en la aplicación de este procedimiento debe advertirse primero que se ha utilizado de manera excepcional.³² Como ejemplos positivos en cuanto al cumplimiento de las medidas señaladas por el Tribunal puede citarse el caso *Torreggiani contra Italia*, sobre las malas condiciones de detención en prisión.³³ El Tribunal Europeo indicó en su sentencia "piloto" de 8 de enero de 2013 que Italia debía crear en el plazo de un año recursos efectivos a nivel nacional para tratar las alegaciones de hacinamiento en las cárceles, al constatar que no se trataba de un problema nuevo o de un caso aislado, sino más bien de un problema estructural o sistémico que constituye una práctica incompatible con el Convenio. Cumpliendo el plazo fijado en la Sentencia, Italia creó un recurso preventivo para que un juez ordene la mejora de las condiciones de detención o el traslado del preso en caso de hacinamiento; y otro recurso compensatorio. El Tribunal Europeo ha aceptado la efectividad de estos recursos y dictó dos resoluciones de inadmisión para las demandas que estaban en trámite ante el Tribunal Europeo por no agotamiento de los recursos internos.³⁴ Por esta vía, se produce una repatriación de las demandas pendientes ante Estrasburgo a los tribunales nacionales. Finalmente, el Comité de Ministros ha cerrado la supervisión mediante Resolución final de 8 de marzo de 2016.

La otra cara de la moneda son los retrasos en la implementación de las decisiones. Un ejemplo persistente de inejecución es el Caso "piloto" *Yuriy*

³¹ García Roca, Javier, *op. cit.*

³² Para una recopilación de los casos en los que el Tribunal Europeo ha utilizado este procedimiento puede verse *European Court of Human Rights Press Unit: Factsheet — Pilot judgments*, mayo, 2020.

³³ Saavedra, Pablo, *et al.*, *op. cit.*, citan también como ejemplo positivo: Tribunal Europeo, Caso Kaplan contra Turquía, 20 de marzo de 2012.

³⁴ En las decisiones: Tribunal Europeo, *Stella y Rexhepi contra Italia*, 16 de septiembre de 2014, numerosos casos fueron declarados inadmisibles por un juez único.

Nikolayevich Ivanov contra Ucrania, 15 de octubre de 2009, que constató la violación estructural o sistémica del derecho a la ejecución de las decisiones judiciales internas. El Tribunal Europeo dio un plazo de 1 año para que Ucrania creara un recurso efectivo o combinación de recursos para resolver el problema de la no ejecución de decisiones judiciales dictadas contra la administración pública. Tanto el Comité de Ministros como el propio Tribunal, en la Sentencia Burmych contra Ucrania, 12 de octubre de 2017, han constatado que no se cumplieron las instrucciones dadas al Estado demandado en el Caso Ivanov para remediar el problema sistémico de la inejecución de sentencias internas dictadas contra la administración pública. El problema no es tanto la ley sino la falta de recursos o de presupuesto para hacer frente al pago de todas las deudas que tiene la administración del Estado con los justiciables.

I. Supervisión del cumplimiento

La efectividad del sistema depende sobre todo de la implementación nacional, del cumplimiento voluntario. La colaboración por parte de los Estados en el cumplimiento de las sentencias presenta un balance desigual. De acuerdo con las estadísticas incluidas en los informes sobre supervisión publicados por el Comité de Ministros, en 2020 había 5233 sentencias que permanecían incumplidas en todo o en parte.³⁵ La principal preocupación es la obstaculización del cumplimiento por motivos políticos en conflictos especialmente sensibles a las opiniones públicas, las llamadas "bolsas de resistencia" (*pockets of resistance*).

Las situaciones de incumplimiento alcanzan incluso a la forma de reparación más sencilla, como es el pago de la compensación en plazo (tres meses desde que la sentencia adquiere firmeza).³⁶ Pero lógicamente, plantean mayores dificultades el cumplimiento de las medidas generales.

³⁵ Council of Europe, "Supervision of the execution of judgments and decisions of the ECtHR 2020", *14th Annual Report of the Committee of Ministers*, March 2021.

³⁶ Saavedra, Pablo *et al.*, *op. cit.*, p. 215. Pone como ejemplo, el incumplimiento de: Tribunal Europeo, Sentencia del Caso Chipre contra Turquía, 12 de mayo de 2014: Turquía todavía no ha pagado

Pueden citarse numerosos ejemplos positivos en los que los Estados han modificado su legislación.³⁷ También pueden esgrimirse buenas prácticas respecto de reformas constitucionales.³⁸ Pero estas luces no ocultan las sombras que proyectan algunos incumplimientos destacados. En *Sejdic y Finci contra Bosnia Herzegovina*, 22 de diciembre de 2009, la violación del derecho de sufragio pasivo era consecuencia de una norma constitucional que prohibía presentarse a las elecciones a los bosnios de origen judío o romaní. Sin embargo, su supervisión sigue pendiente, y el Comité de Ministros ya ha adoptado tres resoluciones instando a reformar la Constitución, además de una segunda condena por parte del Tribunal Europeo.³⁹

En ocasiones, el Estado que incumple trata de justificar su falta de colaboración reprochando a las sentencias europeas un supuesto activismo judicial, que habría transformado el Convenio, convirtiendo por ejemplo en un auténtico derecho de sufragio lo que en el artículo 3 del Protocolo 1 era únicamente una obligación de celebrar elecciones de manera periódica. Del mismo modo, se ha criticado que la amplia construcción jurisprudencial de contenidos del derecho a la vida privada y familiar

90.000.000 de euros a Chipre en concepto de daños morales por las desapariciones de grecochipriotas. También: Tribunal Europeo, *Caso Catan y otros contra Moldavia y Rusia*, 19 de octubre de 2012, sobre el cierre de escuelas que utilizaban el alfabeto latino en la región del Transnístier, controlada por Rusia, un caso con claro trasfondo político.

³⁷ Saavedra, Pablo *et al.*, *op. cit.*, p. 215, citan múltiples ejemplos de casos de adopción de reformas legislativas a raíz de una sentencia de Estrasburgo, como despenalización de la homosexualidad (Tribunal Europeo, *Caso Norris contra Irlanda*, de 26 de octubre de 1988); o no discriminación de hijos nacidos fuera del matrimonio en materia de derecho de familia y sucesiones (Tribunal Europeo, *caso Marckx contra Bélgica*, de 13 de junio de 1979).

³⁸ Un ejemplo positivo de reforma constitucional tras una sentencia del TEDH fue el *Caso Open Door and Dublin Well Woman contra Irlanda*, 29 de octubre de 1992: tras constatar una violación del artículo 10 del CEDH por restringir la libertad de impartir información a mujeres embarazadas sobre las posibilidades de abortar en el extranjero, se celebró un referéndum por el que se aprobó una reforma del artículo 40 de la Constitución. La enmienda reconoció explícitamente en la Constitución la libertad de obtener o impartir información en Irlanda relacionada con servicios legalmente disponibles (incluyendo abortos legales) en otro Estado (Tribunal Europeo, resolución final CM, de 25 de junio de 1996). Para más ejemplos puede consultarse: *Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, Thematic factsheet, Constitutional Matters*, mayo de 2020, Disponible en: «<https://www.coe.int/en/web/execution>».

³⁹ Tribunal Europeo, *caso Zornic contra Bosnia*, 15 de julio de 2014.

(artículo 8 del CEDH) era difícilmente predecible en los años cincuenta del siglo pasado. Ambos ejemplos ilustran la apertura de las normas convencionales y el subsiguiente carácter constructivo de la exégesis. No comparto la crítica, porque estos desarrollos jurisprudenciales son coherentes con los rasgos característicos de los derechos fundamentales. Las normas sobre derechos se construyen con cláusulas abiertas que, por su misma naturaleza, precisan de una interpretación evolutiva, lo que implica que cualquier declaración de derechos tenga una intensa fuerza expansiva.⁴⁰

Algunos Estados han planteado obstáculos teóricos derivados de la invocación de la supremacía constitucional y la soberanía frente a la vigencia y eficacia de un tratado internacional, y reclaman la creación de un procedimiento específico de ejecución para estos casos.⁴¹ Rusia ha adoptado una ley que permite no aplicar sentencias del TEDH si éstas son contrarias a la Constitución.

El apartado 2º del artículo 46 CEDH encomienda al Comité de Ministros la tarea de velar por la ejecución de las sentencias (apartado 2º), supervisando su cumplimiento mediante reuniones periódicas. El procedimiento es regulado mediante las normas aprobadas por el propio Comité de Ministros.⁴² Las piezas centrales del sistema son los planes de acción y los informes de ejecución que presentan los Estados y las resoluciones del Comité de Ministros.

La principal característica de este procedimiento de supervisión de la ejecución es su naturaleza política, intergubernamental y diplomática. Pero, al mismo tiempo, se rige por el principio de transparencia. Todos

⁴⁰ García Roca, Javier, *op. cit.*

⁴¹ Saavedra, Pablo *et al.*, *op. cit.*, p. 221.

⁴² Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of terms of friendly settlements. Para su análisis puede verse: "The supervisory task of the Committee of Ministers", en Van Dijk, Pieter *et al.*, (coords.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 5ª ed., 2017, Capítulo III, pp. 291-321, así como el Capítulo IV, *The supervisory function of the Secretary General of the Council of Europe*, pp. 323-332.

los planes de acción e informes de ejecución, así como las comunicaciones recibidas por el demandante, ONG's o instituciones nacionales de derechos humanos se publican en la página web, a menos que el Comité de Ministros decida otra cosa. También el orden del día y las decisiones adoptadas por el Comité. Es un procedimiento informado por las notas de publicidad, transparencia y participación. Algunos sostienen que también es participativo.⁴³

Se distingue entre dos procedimientos de supervisión: ordinario y reforzado. Este segundo procedimiento permite priorizar la tramitación de algunos casos, como aquellos que enjuician problemas estructurales o requieren medidas individuales urgentes. En la supervisión reforzada, el Comité de Ministros hace un seguimiento continuado de las medidas comunicadas por el Estado condenado, adoptando "resoluciones intermedias" en las que expresa su satisfacción, preocupación o recomienda adoptar medidas.

Se ha producido una progresiva judicialización de la implementación de las sentencias, de manera que ésta ya no es una competencia exclusiva de los Estados, de forma individual y a través del Comité de Ministros, sino que se percibe como una competencia compartida con el propio Tribunal.⁴⁴ El Tribunal puede implicarse en la ejecución a través de diversas vías.⁴⁵ Las sentencias piloto son un primer ejemplo de la participación del Tribunal en la supervisión de la ejecución. Cuando el Tribunal Europeo dicta una sentencia piloto, normalmente se ha producido alguna condena previa y el Comité lleva ya años exigiendo reformas estructurales al Estado. La sentencia "piloto" sirve para dar un nuevo impulso al proceso de ejecución.

⁴³ Véase: Lambert Elisabeth, "The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights: Towards a Non-coercive and Participatory Model of Accountability", *Zaörrv*, nº 69, 2009, p. 471.

⁴⁴ Keller, Helen y Marti, Cedric, *op. cit.*, p. 831.

⁴⁵ Saavedra, Pablo et al., *op. cit.*, pp. 249 a 251.

En segundo lugar, el Tribunal puede involucrarse en la ejecución con ocasión del conocimiento de una nueva demanda sobre el mismo asunto. De esta forma, el Tribunal puede revisar la persistencia de violaciones continuadas y derivadas de la inejecución de una sentencia previa. Si bien, debe tratarse de una vulneración nueva, la demanda no puede plantear directamente la cuestión de la ejecución del primer caso.⁴⁶ Un ejemplo puede ser una continuada detención arbitraria del demandante, incumpliendo la orden de liberarlo. También la comisión de nuevas violaciones causadas a otros demandantes por la falta de reformas estructurales.

Respecto de las sentencias sucesivas, se produce una controversia acerca de si el Tribunal debe limitarse a apreciar una nueva vulneración del derecho sustantivo o si puede dar un paso más y considerar infringido también el artículo 46 del Convenio, en el que se afirma la fuerza obligatoria de las sentencias del Tribunal. El Tribunal Europeo suele ser reacio a apreciar una lesión autónoma del artículo 46 del Convenio. Tiende por el contrario a ver la cuestión en relación con un derecho sustantivo.⁴⁷ Prefiere no agravar la responsabilidad del Estado mediante una declaración de que se ha vulnerado este último precepto citado porque considera que su función no es revisar directamente si la ejecución se ha hecho correctamente. Una excepción es el Caso Emre No. 2 contra Suiza, de 11 de octubre de 2011, en el que se analiza la proporcionalidad de la prohibición de entrada impuesta a un residente de nacionalidad turca como consecuencia accesoria de una expulsión. El Tribunal examinó la nueva violación del derecho a la vida privada y familiar, al haber impuesto los tribunales nacionales de nuevo una prohibición excesivamente larga, se enjuició la violación de manera combinada con la del artículo 46 del Convenio.

⁴⁶ El alcance de la jurisdicción del Tribunal Europeo y la exigencia de una violación reciente (*fresh violation*) aparece resumido en: Tribunal Europeo, Egmez contra Chipre, 18 de septiembre de 2012, párrafos 48-56. Aparece citado como precedente, entre otros, en: Tribunal Europeo, sentencia Bochan contra Ucrania (nº. 2), de 5 de febrero de 2015, párrafo 34.

⁴⁷ Tribunal Europeo, sentencia de la Casa de la civilización macedónica y otros contra Grecia, de 9 de julio de 2015, párrafos 21 y 22.

El asunto Sidabras y otros contra Lituania, de 23 de junio de 2015, permite apreciar el debate entre los propios jueces. El Tribunal había resuelto en 2004 y 2005 que Lituania había vulnerado los derechos de los demandantes como consecuencia de una legislación que excluía a las personas que hubieran trabajado para los servicios de seguridad soviéticos de un amplio número de empleos. En los informes de ejecución del Comité de Ministros, se destacaba que aún no se había modificado la legislación, aunque en el Parlamento lituano se habían presentado varias iniciativas legislativas. El Tribunal Europeo reconoce que no tiene jurisdicción para examinar si ha habido una vulneración del artículo 46 del Convenio, y admite que resulta dudoso que este precepto pueda ser invocado de forma autónoma en una demanda individual, y se esfuerza por destacar las diferencias entre este caso y la mencionada sentencia de Emre contra Suiza (nº 2). Se señala que corresponde al Comité de Ministros revisar la ejecución de una medida general como es un cambio legislativo. Pero la sentencia no adopta un criterio claro y en los Votos concurrentes se formulan dos propuestas opuestas entre sí. Mientras los jueces Spano y Kjolbro opinan que el Tribunal debería afirmar de forma rotunda que el artículo 46 del Convenio no reconoce derechos que puedan ser tutelados a través de una demanda individual, en cambio la juez Keller se muestra favorable a que el Tribunal examine las demandas de los recurrentes también desde la perspectiva de este precepto. De manera que puede que esta jurisprudencia no esté todavía consolidada.⁴⁸

Esta polémica coincide con la reflexión sobre el futuro de la ejecución. En la Declaración y Plan de Acción de Bruselas de marzo de 2015, los Estados parte reafirmaron la importancia de una supervisión eficaz de la ejecución de sentencias para garantizar la credibilidad del sistema del Convenio e hicieron diversas recomendaciones.⁴⁹ Asimismo, el Comité Intergubernamental Director para los Derechos Humanos (CDDH),

⁴⁸ García Roca, *op. cit.*

⁴⁹ Saavedra, Pablo *et al.*, *op. cit.*, pp. 215, 252 a 254.

dependiente del Comité de Ministros, en su informe del 7-11 de diciembre de 2015 sobre el futuro a largo plazo del sistema del Convenio aboga por reforzar la asistencia técnica y un mayor nivel de diálogo político. El resultado de esta reflexión hace previsible que el actual sistema de supervisión e implementación de sentencias se mantenga, conservando su naturaleza antes política que jurisdiccional. No parece viable políticamente que se transfiera la supervisión al Tribunal. La jurisprudencia expansiva del Tribunal continuará siendo la única vía abierta de evolución del sistema.⁵⁰

Por otra parte, la concurrencia entre la supervisión del Comité de Ministros y el enjuiciamiento por parte del Tribunal de lesiones recientes que tienen su origen en la misma causa de un caso que está pendiente de ejecución puede dar lugar a contradicciones. La decisión del Comité de Ministros de cerrar en diciembre de 2018 el espinoso procedimiento de supervisión contra el Reino Unido por el caso Hirst, en relación con el voto de los presos, es polémica porque no está claro que la tímida reforma legal introducida por este país satisfaga los criterios fijados por el Tribunal Europeo. El Comité de Ministros ha aceptado una reforma que puede calificarse como decepcionante e inadecuada. La crítica se basa en que el Reino Unido no ha reformado su legislación, como habría exigido un cumplimiento cabal de la jurisprudencia europea, sino que simplemente ha modificado la reglamentación infra legal para especificar que pueden votar las personas que cumplen la última parte de su condena fuera de la cárcel. No ha sido enmendada la ley electoral, que continúa excluyendo la capacidad electoral de los condenados durante el tiempo que estén privados de libertad en una institución penitenciaria. Esta aparente inconsistencia entre la decisión del Comité de Ministros y la jurisprudencia del Tribunal es objeto de conjeturas.⁵¹ ¿Refleja la posición del

⁵⁰ García Roca, Javier, *op. cit.*

⁵¹ Posteriormente, el Comité de Ministros también ha cerrado el proceso de revisión del caso Anchugov y Gladkov (Tribunal Europeo, Resolution CM/Res- DH[2019]240), en junio de 2019, Rusia modificó el Código Penal para introducir una nueva pena, denominada como *community work*, que implica el internamiento en centros correccionales, que no conlleva la privación del voto. La decisión del Comité de declarar el cumplimiento de la sentencia ha sido criticada por la doctrina.

Comité la opinión de los gobiernos nacionales de que la jurisprudencia sobre el voto de los presos resulta demasiado activista y reivindica un mayor margen de apreciación respecto a la legislación electoral? ¿La decisión del Consejo desencadenará una reconsideración a la baja de su jurisprudencia por parte del Tribunal Europeo o, por el contrario, éste podría reafirmarse en su doctrina sobre la proporcionalidad de las restricciones al derecho de voto y reabrir el contencioso por considerar que la legislación de este país continúa estableciendo una restricción excesiva?⁵²

Volviendo a las vías a través de las cuales el Tribunal puede intervenir en la supervisión de la ejecución, debe recordarse que el Protocolo n° 14 introdujo en los apartados 3° y 4° del artículo 46 del Convenio dos nuevos mecanismos en materia de ejecución de sus sentencias: una demanda de interpretación y un recurso por incumplimiento a instancias del Comité. En ambos casos, por mayoría de dos tercios. La demanda de interpretación aborda el supuesto de que se obstaculice el cumplimiento de una sentencia por un problema de interpretación. El apartado 3° del artículo 46 permite al Comité remitir el asunto al Tribunal y pedir que lo aclare. Desde que el Protocolo entró en vigor en 2010, no se ha puesto en marcha.

Finalmente, el Comité de Ministros puede remitir al Tribunal Europeo la cuestión de un Estado que se niegue a acatar una sentencia definitiva

⁵² En la primera sentencia dictada después de la decisión del Comité de Ministros en: Tribunal Europeo, sentencia *Miller y otros vs. Reino Unido*, de 11 de abril de 2019, el Tribunal Europeo vuelve a condenar al Estado. Sin embargo, no despeja la incógnita sobre la nueva situación y gana tiempo. La parquedad de la argumentación y el hecho de que haya sido dictada por un Comité de tres Jueces refuerzan la apariencia de que estamos ante una decisión puramente aplicativa de la jurisprudencia previa. El Tribunal consigna, dentro del apartado sobre el Derecho interno, las modificaciones introducidas por el Reino Unido y hace referencia a la decisión del Comité de Ministros. Pero simplemente señala que en la fecha en que se impidió votar a los demandantes, anterior a las medidas adoptadas por el Reino Unido, la prohibición legal tenía carácter general y era incompatible con el artículo 3 del Protocolo 1°. No hay ninguna referencia a la exigencia de proporcionalidad ni al margen de apreciación nacional, que ofrezca pistas sobre el rumbo que pretende seguir el Tribunal.

para que declare el incumplimiento de sus obligaciones (apartado 4º), y, si así fuera, luego el Comité debe tomar las medidas que sea preciso adoptar (apartado 5º). Estamos ante una suerte de limitado incidente de ejecución de sentencias. Este mecanismo ha sido utilizado por primera vez en el caso *Ilgar Mammadov contra Azerbaijan*, 29 de mayo de 2019.

J. Interpretación vinculante

En la Declaración de Interlaken, de 19 de febrero de 2010, los Estados participantes en la Conferencia se comprometieron a tomar en consideración la jurisprudencia del Tribunal Europeo y a extraer conclusiones de las sentencias que declaran la violación del Convenio por parte de otro Estado, cuando el mismo problema detectado por la sentencia exista en su propio ordenamiento interno.⁵³ Los tribunales nacionales lideran el proceso de incorporación de los estándares jurisprudenciales del Tribunal Europeo. La aceptación por parte de los Estados de la jurisprudencia europea crea de facto un efecto *erga omnes* de las sentencias.⁵⁴

Al mismo tiempo, el Tribunal Europeo ha afirmado su autoridad para interpretar los derechos del Convenio y para examinar si las autoridades nacionales han seguido de forma adecuada su jurisprudencia previa, también la dictada en sentencias en las que la parte demandada es otro Estado.⁵⁵ La práctica del Tribunal refuerza el valor que este atribuye a sus sentencias. La idea de precedente se subraya mediante la calificación de los asuntos como *case reports* por su nivel de importancia en la jurisdicción europea.⁵⁶ También a través de las fichas de las sentencias en la base de datos HUDOC, donde se da noticia de los precedentes más importantes del caso con total indiferencia hacia cuál sea el Estado demandado.

⁵³ Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Déclaration d'Interlaken, de 19 de febrero de 2010, apartado 4.

⁵⁴ Costa, Jean-Paul: "Foreword", *European Court of Human Rights*, Annual Report 2008, Strasbourg, 2009, p. 6.

⁵⁵ Tribunal Europeo, sentencia *Opuz contra Turquía*, 9 de junio de 2009, párrafo 163.

⁵⁶ García Roca, Javier, *op. cit.*

No obstante, la práctica no tiene un sólido respaldo desde el punto de vista conceptual. Para referirse a la eficacia interpretativa de las sentencias se evita decir que estas tienen efectos *erga omnes*. Es más, se niega que las sentencias tengan efectos jurídicos vinculantes oponibles frente a terceros.⁵⁷ Se prefiere utilizar otras expresiones, en varios idiomas: *consistent interpretation*, *interpretative authorithy*, *res interpretata*, *chose interprétée*. El término que más se usa en nuestra lengua es "cosa interpretada", la traducción literal de la expresión en francés.⁵⁸

El rodeo terminológico tiene su correspondencia en el plano de la caracterización de las sentencias en el Convenio. El tenor literal del primer apartado del artículo 46 del Convenio, que establece que: "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes". Esta última referencia a la condición de parte en los litigios hace que la doctrina busque el fundamento de la eficacia interpretativa de las sentencias del Tribunal Europeo en referencias indirectas. El fundamento se busca en el artículo 32.1 del Convenio, que atribuye al Tribunal la competencia sobre todos los asuntos relativos a la interpretación del Convenio. También en la "obligación de respetar los derechos humanos" que el artículo 1 del Convenio impone a los Estados. El cumplimiento de buena fe de tal obligación conlleva la necesidad de observar los derechos del Convenio según resultan de la interpretación del Tribunal Europeo.

La eficacia general de las sentencias es consustancial al funcionamiento del sistema. Aunque no se diga así en el texto del Convenio y el Tribunal mida con extrema cautela sus palabras y prefiera evitar hablar de eficacia *erga omnes*. Esta eficacia general se justifica por la condición del Tribunal Europeo como intérprete supremo del Convenio, que es la misma relación que existe entre la eficacia de las sentencias constitucionales y la

⁵⁷ Drzemczewski, Andrew, "Quelques Réflexions sur l'autorité de la Chose Interprétée par la Cour de Strasbourg", *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, núm. 11, 2011, pp. 11-14.

⁵⁸ Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación de los derechos del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2008.

función de los Tribunales Constitucionales. Que los estándares sean comunes es una condición esencial para garantizar una protección efectiva de los derechos reconocidos en el Convenio, así como para mantener la seguridad jurídica y la igualdad entre todos los Estados. Si el alcance de la interpretación convencional quedara circunscrita al Estado que haya sido parte en el proceso, se crearía un puzle de situaciones diversas imposible de armar en un sistema multilateral con 47 Estados y se generarían infinidad de contradicciones.⁵⁹

K. Conclusión

El Tribunal Europeo a través de su jurisprudencia ha impulsado cambios profundos en el sistema del Convenio que profundizan en la integración europea, al incrementar las competencias de un tribunal de carácter supranacional, a costa de reducir el margen de autonomía de los Estados miembros y de los órganos intergubernamentales. Se aleja de la inicial caracterización de las sentencias como declarativas. También va más allá de un modelo de ejecución de sentencias fundado en la confianza en los Estados miembros en el cumplimiento y en la técnica de las obligaciones de resultado, y una supervisión de la ejecución a cargo de un órgano político como es el Comité de Ministros. El Tribunal ha reforzado la vinculación y eficacia de sus sentencias mediante la idea de "cosa interpretada", la progresiva adopción de diversas medidas individuales y generales dirigidas a obtener la *restitutio in integrum* y su implicación en la supervisión del cumplimiento. Además, el desarrollo de las medidas generales lleva al Tribunal a asumir una función de control de convencionalidad de las leyes.

A la luz de los principios interpretativos que emanan del preámbulo del Convenio, los cambios referidos merecen una valoración positiva. El objetivo de alcanzar una mayor integración europea a través de la garantía efectiva de los derechos fundamentales debe informar el desarrollo y la

⁵⁹ García Roca, Javier, *op. cit.*

interpretación del Convenio. Esta idea aparece solemnemente proclamada en uno de los considerandos del preámbulo del Convenio, donde se afirma que: "la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros" y que: "uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales". Las innovaciones introducidas por el Tribunal son coherentes con estos principios. Una interpretación finalista del Convenio respalda que el Tribunal reaccione frente a la falta de cumplimiento o las demoras en el cumplimiento de las sentencias por parte del Estado condenado. Esto incluye la falta de adopción tanto de medidas de reparación respecto del demandante en el proceso que dio lugar a la sentencia condenatoria como de medidas generales que eviten que las vulneraciones sigan repitiéndose. También que haga lo posible por extender los estándares europeos a otros países distintos del que ha sido demandado.

L. Bibliografía

Abrisketa, Joana, "Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Juez a legislador", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, 2013, pp. 73-99.

Von Bogdandy, Armin *et al.*, *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos Transformando realidades*, México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2019, p. 816.

Drzemczewski, Andrew, "Quelques Réflexions sur l'autorité de la Chose Interprétée par la Cour de Strasbourg", *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, núm. 11, pp. 11-14, 2011.

Fikfak, Veronica, "Changing State behavior: damages before the EC-THR", *European Journal of International Law*, 2018, vol. 29, n°4, pp. 1091-1125.

Fyrnys, Markus, "Expanding competences by judicial lawmaking. The pilot judgments procedure of the EC-THR", *German Law Journal*, vol. 12, n° 5-6, 2011, pp. 1231-1260.

García Roca, Javier, *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters/Civitas, 2019.

García Vitoria, Ignacio, "La garantía europea del voto de los presos", en Ríos Vega, Luis Efrén y Spigno, Irene (coords.), *Los Derechos Fundamentales en el siglo XXI*, tomo IV, Los derechos civiles y políticos. Estudios de casos líderes europeos. Vol. XXIII. Las elecciones libres en la doctrina de Estrasburgo, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2021.

Grawentvarter, Christoph, "The European human rights model, With a special view to the pilot judgment procedure of the Strasbourg Court", *Austrian Review of International and European Law*, 2011, p. 16.

Keller, Helen y Marti, Cedric, "Reconceptualizing implementation: the judicialization of the execution of the European Court of Human Rights judgements", *European Journal of International Law*, Volumen 26, tomo 4, November 2015, pp. 829—850.

Lambert Elisabeth, "The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights: Towards a Non-coercive and Participatory Model of Accountability", *Zaörv*, n° 69, 2009.

Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación de los derechos del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2008.

_____, "Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del TEDH", *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 42, 2018, pp. 395-424.

Sadursky, Wojciech, "Partnering with Strasbourg: Constitutionalization of the European Court of Human Rights, the Accesion of Central and East European States to the Council of Europe and the idea of pilot judgments", *European University Institute Department of Law Working Paper*, n° 2008/33.

Van Dijk, Pieter *et al.*, (coords.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 5ª ed., 2017.

34. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Clasificaciones desde el léxico de la comparación jurídica

Edgar S. Caballero González*

* Licenciado, Maestro y doctorante en Derecho por la UNAM. Profesor-investigador del Posgrado en Derecho de la UNAM. Docente de Licenciatura y Posgrado en la FES-Aragón de la UNAM y en la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Miembro de los institutos mexicano e iberoamericano de Derecho procesal constitucional. Socio fundador del Centro de Estudios de Derecho Comparado y Procesal Constitucional S.C.

SUMARIO: Introducción. A. La metodología del derecho comparado. B. Un ABC del sistema interamericano. C. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. D. Metodología. E. Clasificación a partir del léxico de la comparación jurídica.

Introducción

A. La metodología del derecho comparado

El propósito de este apartado es compartir al lector nuestro enfoque metodológico de la investigación que presentamos.

Observarán que es un marco teórico,¹ que aborda los fundamentos del tema central. Lo anterior les permitirá conocer nuestra posición episte-

¹ Nuestra experiencia en la investigación no hace coincidir con Juan de Dios González Ibarra. Cualquier investigación comienza con la construcción teórica, axiológica y epistémica, porque nos permite estudiar, comprender, explicar y crear el conocimiento. Agregamos que el marco teórico nos permite inferir el problema del fenómeno de investigación, y las nociones a través de las cuales se puede explicar. *Cfr.* González Ibarra, Juan de Dios, *Metodología jurídica epistémica*, México, Fontamara, 2003, pp. 19-22.

² Una obra que permite entender a la epistemología jurídica fue escrita por uno de los filósofos del Derecho más importantes en el siglo XX. Puede ser consultada con los datos bibliográficos siguientes: García Máynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, 10a. ed., México, Fontamara, 2016, 154 pp. Sobre cada postura epistemológica existe una gran cantidad de obras.

mológica,² la corriente filosófica que sustenta a la investigación,³ y un referente mínimo de nociones.

Nuestro segundo apartado es el tema central, aquí observarán la forma a través de la cual se construyen las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A partir del tercer apartado, compartimos la metodología empleada para la sistematización y nuestros criterios de clasificación.

Sin embargo, antes de desarrollar lo anterior, es importante señalar que la clasificación de las sentencias que vamos a utilizar, pertenece al léxico de la comparación jurídica, de ahí que sea indispensable comenzar con la explicación metodológica que les guiará durante el documento.

I. La comparación como método

Conviene advertir la forma en la que entendemos tanto a la ciencia como al método. A la ciencia la comprendemos⁴ desde la perspectiva de Thomas Kuhn,⁵ cuyo predecesor⁶ fue Ludwik Fleck.⁷

A continuación, transcribimos los datos bibliográficos de los libros que a nuestra consideración deben ser analizados: Bobbio, Norberto y Greppi, Andrea, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Madrid, Trotta, 2015, 229 pp.; González Monzón, Alejandro, *Naturalismo y Positivismo en el Derecho. Fundamentos y trascendencia en los debates jurídicos contemporáneos*, Bogotá, Leyer Editores, 2016, 278 pp.; Hart, H. L. A., *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, 263 pp.; Pozzolo, Susanna, *Neocostitucionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001, 197 pp.; Raz, Joseph, *The authority of law*, 2a ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, 340 pp.; Ross, Alf, *Towards a realistic jurisprudence. A criticism of the dualism in law*, Copenhagen, Munksgaard, 1946, 304 pp.; Schauer, Frederick, *Constitutional positivism*, Lima, Palestra, 2016, 92 pp.; Vigo, Rodolfo Luis, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, México, Porrúa, 2016, 496 pp.; entre otros.

³ Sin ser exhaustivos podemos redactar que las dos grandes concepciones del mundo corresponden al materialismo y al idealismo. *Vid.*, Lefebvre, Henri, *Lógica formal, lógica dialéctica*, México, Siglo XXI, 1972, pp. 66 y ss.; Bachelard, Gastón, *Racionalismo aplicado*, Buenos Aires, Paidós, 1978, pp. 12-13; Dávila Aldás, Francisco, *Teoría, Ciencia y Metodología en la era de la modernidad*, México, Fontamara, 1991, pp. 48-58.

⁴ Para considerar la postura del científico y filósofo estadounidense, señalamos que analizamos las posturas de diversos autores. Además de Kuhn, Lakatos y Feyerabend, realizaron otros análisis para explicar cómo ha avanzado la ciencia desde una perspectiva histórica. El primero trató de perfeccionar el pensamiento de Kuhn mediante programas de investigación científica, al advertir que las hipótesis no se pueden construir de forma solitaria, y el segundo negó la existencia del método científico y aboga por el anarquismo metodológico. Ver respectivamente: Lakatos, Imre, *Pruebas y*

Kuhn concibió a la ciencia como una estructura cognoscitiva elaborada por una comunidad de especialistas en la que interactúan teoría y experiencia dentro de un marco histórico-sociológico.⁸

Por lo que respecta al método, Karl Popper identificó la existencia de enunciados e hipótesis que se contrastan⁹ paso a paso por medio de la observación y experimentos.¹⁰ A esta serie de pasos la conocemos como método científico.

Robusteciendo la distinción, es idóneo conocer el pensamiento de Lucio Pegoraro, quien afirma que "Una ciencia puede valerse de muchos

refutaciones, Madrid, Alianza, 1978; *Id.*, *La metodología de los programas de investigación científica*, Madrid, Alianza, 1988; Feyerabend, Paul Karl, *Tratado contra el método*, Madrid, Tecnos, 1986; *Id.*, *Diálogo sobre el método*, Madrid, Cátedra, 2000.

⁵ Sobre el pensamiento de Thomas Kuhn, desde una perspectiva crítica y analítica, se pueden consultar los siguientes documentos de investigación: Bird, Alexander, "La filosofía de la historia de la ciencia de Thomas Kuhn", en *Discusiones Filosóficas*, año 13, número 21, julio-diciembre, Colombia, Universidad de Caldas, 2012, pp. 167-185; Brunetti, Juan, "Algunas consideraciones sobre la relación entre epistemología y psicología en Thomas Kuhn", en *Bajo palabra. Revista de Filosofía*, número 5, Segunda Época, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2010, pp. 419-428; Norambuena Ureta, Cristian, "El conocimiento tácito en la filosofía de la ciencia de Thomas Kuhn", en *Hybris. Revista de Filosofía*, número 3, volumen 2, Chile, Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación, 2011, pp. 33-63; y, Santibañez Yáñez, Cristián, "Ciencia, inconmensurabilidad y reglas: Crítica a Thomas Kuhn", en *Revista de Filosofía*, número 58, Chile, Departamento de Filosofía, Facultad de Humanidades y Filosofía, 2008, pp. 41-78.

⁶ *Vid.*, Pérez Marín, Mónica, "Ludwik Fleck: precursor del pensamiento de Thomas Kuhn", en *Eido: Revista de Filosofía de la Universidad del Norte*, número 13, julio-diciembre, 2010, pp. 130-149.

⁷ *Vid.*, Fleck, Ludwik, *La génesis y el desarrollo de un hecho científico. Introducción a la teoría del pensamiento y del colectivo del pensamiento*, Madrid, Alianza Editorial, 1986. La edición original lleva por nombre *Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache: Einführung in die Lehre von Denkstil und Denkkollektiv*, y fue publicada en Alemania por la editorial Suhrkampen en 1980.

⁸ En ese sentido, Chalmers, al reflexionar sobre la importancia del pensamiento de Kuhn, señaló que la "concepción más adecuada de la ciencia debe originarse en la comprensión del entramado teórico en el que tiene lugar la actividad científica (...) El significado de los conceptos depende de la estructura de la teoría en la que aparecen, y la precisión de aquéllos depende de la precisión y el grado de coherencia de ésta". *Cfr.* Chalmers, Alan Francis, *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, Madrid, Siglo XXI, 2003, pp. 98 y 99.

⁹ Popper abundó en la necesaria comprobación empírica a la que han de ser sometidos los enunciados para determinar la falsedad de una teoría. A esta postura se le denomina: falsacionismo. *Vid.*, García Duque, Carlos Emilio, "La verosimilitud y el estatus epistémico de las teorías científicas", *Estud. Filos.*, agosto, Colombia, Universidad de Antioquia/Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, 2007, pp. 9-24; y, Serna Ramirez, Edgar, "¿'Empirismo encubierto' en Popper? El papel epistemológico de la dimensión pragmática del contexto de descubrimiento", *Diánoia*, número 71, volumen LVIII, México, UNAM, 2013, pp. 127-152.

¹⁰ *Cfr.* Popper, Karl, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 38.

métodos, pero seguir un método en particular no hace de ese estudio una ciencia".¹¹

De lo antes precisado, podemos señalar que la comparación tiene diversos roles conforme al significado o función del método científico, entre ellas:

- 1) La comparación es inherente a cualquier procedimiento científico y, por tanto, el método científico es inevitablemente comparativo.¹²
- 2) En la selección del objeto de estudio está presente el razonamiento metodológico, tanto en la comparación como en la selección de métodos.¹³
- 3) La comparación es el criterio de la interpretación valorativa de los resultados empíricos.¹⁴

Como se advertirá más adelante, la presente investigación tiene su fundamento metodológico en el tercer rol, es decir, con base en la comparación, vamos a construir nuestra clasificación e interpretación de la sistematización de sentencias.

II. El léxico de la comparación jurídica presente en la investigación

Toda investigación requiere de un léxico de construcción, que nos permite dotar de coherencia teórica y empírica a los objetos de investigación que observamos.

En ese sentido, nuestro propósito en esta sección es definir desde la perspectiva lexicológica¹⁵ a las palabras que utilizaremos de forma frecuente

¹¹ Cfr. Pegoraro, Lucio, *Introducción al derecho público comparado*, op. cit., pp. 3-9.

¹² Vid., Grosser, A., *Politik erkläre*, Munich, Hanser, 1973, p. 19.

¹³ "The prudent comparativist does not choose his countries by choice: he is guided by pertinent criteria". Vid., Dogan, Mattei y Pelassy, Dominique, *Sociologie politique comparative*, París, Economica, 1982, p. 38.

¹⁴ Vid., Hartmann, J., *Vergleichende Politische Systemforschung*, Colonia/Viena, Böhlau, 1980, pp. 51 y ss.

¹⁵ Irving Copi advierte que las definiciones se clasifican en cinco tipos: 1) *Estipulativas*: tienen un significado deliberadamente asignado; 2) *Lexicológicas*: cuando el propósito de la definición es

en los apartados que integran este documento. Como apreciarán, estarán presentes nociones técnicas propias del análisis comparado desarrollado en Alemania, Francia y, principalmente, en Italia.

1. Clasificaciones

Clasificar significa ordenar o disponer algo por clases.

Uno de los objetivos de la comparación jurídica es ordenar de manera racional los objetos comparados, a través de las clasificaciones.¹⁶

Éstas deben observar los elementos estudiados y presentar una conexión sistemática y lógica.¹⁷

La actividad de clasificar para el comparatista encuentra, además del problema de seleccionar el material y organizarlo, a la asignación de un nombre a las clases identificadas. Sumado a lo anterior, debe considerar la exigencia de verificación empírica y los usos lingüísticos previamente establecidos.

2. Formantes y su circulación

Rodolfo Sacco señala que la palabra "formantes" se utiliza para indicar a los *diferentes conjuntos de reglas y proposiciones* que, en el ámbito del

explicar su uso; 3) *Aclaratorias*: se utilizan para eliminar la ambigüedad o la vaguedad, entendiendo por el primer adjetivo la existencia de más de un significado, y por el segundo, cuando existen casos dudosos a los que puede aplicarse o no el término; 4) *Teóricas*: las que engloban un conocimiento más profundo; y 5) *Persuasivas*: son las que plantean para resolver una disputa influenciando o expresando emociones. *Cfr.*, Copi, Irving, *Introducción a la lógica*, 2a. ed., México, Limusa, 2013, pp. 115-123.

¹⁶ En ese sentido, "[...] uno de los objetivos principales de la comparación es el de clasificar; es decir, ordenar por grupos, familias, sistemas, ordenamientos jurídicos e institutos propios de cada ordenamiento de acuerdo con sus semejanzas y diferencias". Pegoraro, Lucio, "El método en el derecho constitucional: la perspectiva desde el derecho comparado", en *Revista de Estudios Políticos*, número 112, abril-junio, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 24.

¹⁷ *Cfr.* Pegoraro, Lucio, *Glosario de derecho público comparado*, México, IMDPC/Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, número 66, 2012, p. 30.

ordenamiento, contribuyen a generar el orden jurídico de un grupo, en un lugar y momento determinado.¹⁸

Por otra parte, Alessandro Somma desarrolló la noción y añadió que los formantes son un conjunto de reglas legales, reglas doctrinales y reglas enunciadas por las cortes¹⁹ y, en ese mismo sentido, Lucio Pegoraro identificó como los principales formantes de los ordenamientos contemporáneos a la *ley*, la *doctrina* y la *jurisprudencia*, es decir, las disposiciones adoptadas por el legislador, el conjunto de opiniones expresadas por expertos, y las decisiones de los jueces.²⁰

Su circulación se debe entender como la forma en la que se relaciona la legislación, la doctrina y la jurisprudencia con el hábitat prejurídico constituido por la cultura jurídica (mentalidad y formación).²¹

3. Elementos pertinentes

El profesor Pegoraro señala que son "[...] un factor discrecional que se usa para clasificar. Es una variable del tiempo, del espacio, y de otros factores objetivos, pero sobre todo decisiones subjetivas de quien clasifica [...]".

La percepción del profesor de la Universidad de Bolonia parte de la intuición y experiencia del sujeto investigador y, por tanto, resulta una labor subjetiva que en nada resta de objetividad cuando se hace una plena justificación de la elección.

¹⁸ Vid., Sacco, Rodolfo, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law", en *American Journal of Comparative Law*, número 2, 1991, pp. 1-34; *Id.*, *Introduzione al Diritto comparato*, op. cit., p. 3.

¹⁹ Cfr. Somma, Alessandro, *Introducción crítica al derecho comparado*, Chile, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2016, p. 10.

²⁰ Cfr. Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el Método*, op. cit., p. 9.

²¹ Sobre la cultura y las precauciones que se deben considerar en el ejercicio comparativo, vid., Mancera Cota, Adrián, "Consideraciones durante el proceso comparativo", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 121, vol., XLI, enero-abril, México, UNAM, 2008, pp. 234-236.

Las clasificaciones que vamos a desarrollar estarán construidas bajo esta noción de la comparación jurídica, con el ánimo de aportar nuevos elementos de interpretación empírica al derecho procesal constitucional comparado.²²

B. Un ABC del sistema interamericano

El objetivo de redactar un marco teórico se traduce en explicar los elementos mínimos que una persona debe conocer sobre el sistema interamericano de protección a los Derechos Humanos. La finalidad no es realizar un estudio a profundidad, ya que rebasaría en gran medida el enfoque metodológico del trabajo.

Al iniciar la redacción de estos párrafos, se nos presenta una interrogante: ¿Qué información debe estar presente y cómo la debemos desarrollar?

Para responder a esas preguntas, nos vamos a basar en una premisa que ya afirmamos: "a la ciencia la entendemos desde la perspectiva de Thomas Kuhn" y, por tanto, vamos a seccionar en una línea de tiempo a los diversos acontecimientos que le han dado origen al objeto de estudio de este apartado. Esta división nos permitirá ejecutar a una corriente de la epistemología general, que se denomina relativismo histórico, consistente en analizar el contexto y los procesos de creación de un objeto, con perspectiva histórica y con base en el relativismo, que significa proponer la validez del conocimiento, a partir de la determinación de los lugares, tiempos, ciclos de cultura u otras condiciones externas.

I. El General en su laberinto: El sueño de Bolívar

En la historia latinoamericana, el General Simón Bolívar tiene un lugar privilegiado. Gabriel García Márquez, en su novela *El General en su laberinto*, imaginó el lecho de muerte del Libertador de América, y escribió:

²² *Vid.*, *infra* la sección V.

En todo caso, el equivocado soy yo, dijo. Ellos sólo querían la independencia, que era algo inmediato y concreto, y ¡vaya si lo han hecho bien! Le tendió al médico la mano en los pueros huecos para que lo ayudara a levantarse, y concluyó con un suspiro: En cambio yo me he perdido en un sueño buscando algo que no existe.

Comenzamos con esta referencia del premio Nobel de literatura en 1982 y expositor de la literatura del *boom* latinoamericano, para señalar que el sueño de Bolívar fue formar una gran confederación que uniera todas las antiguas colonias españolas de América.

Situación que no ocurrió porque sólo contribuyó a independizar a cinco estados latinoamericanos (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), y en sus últimos días de vida comenzaron los movimientos independentistas.

Tras su muerte, el sueño sigue vivo en América.

En esa línea de pensamiento, mencionamos que la Organización de los Estados Americanos con sede en Washington D.C. (en adelante OEA) es el organismo regional más antiguo del mundo, integrado por 35 Estados americanos.²³

Sus primeros pasos se remontan a la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890, cuyo objetivo fue crear la Unión Internacional de Repúblicas Americanas.

²³ Miembros fundadores: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba (el 3 de junio de 2009, se reintegró a la organización; *vid.*, AG/RES. 2438 XXXIX-O/09), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Miembros posteriores: Barbados, Trinidad y Tobago (1967), Jamaica (1969), Granada (1975), Surinam (1977), Dominica, Santa Lucía (1979), Antigua y Barbuda, San Vicente y las Granadinas (1981), Bahamas (1982), St. Kitts y Nevis (1984), Canadá (1990), Belice y Guyana (1991).

La OEA fue creada en 1948 cuando se suscribió, en Bogotá, la Carta de la OEA, que entró en vigor en diciembre de 1951, que constituye el punto de partida del sistema interamericano de protección a los Derechos Humanos.

A través del tiempo, ha tenido diversas enmiendas:

a) *Primera enmienda*. Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, que entró en vigor en febrero de 1970.

b) *Segunda enmienda*. El Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, que entró en vigor en noviembre de 1988.

c) *Tercera enmienda*. Protocolo de Managua, suscrito en 1993, que entró en vigor en enero de 1996.

d) *Cuarta enmienda*. Protocolo de Washington, suscrito en 1992, que entró en vigor en septiembre de 1997.

El objetivo que persigue la organización es "[...] lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia" (artículo 1 de la Carta de la OEA).

Para materializarlo, en la carta fundacional, se establecen algunos parámetros que los Estados parte deben observar:

- a) Son jurídicamente iguales en derechos y capacidad de ejercerlos (artículo 10 de la Carta de la OEA).
- b) Tienen el deber de respetar los derechos con base en el derecho internacional (artículo 11 de la Carta de la OEA).
- c) Los derechos fundamentales de los Estados no son susceptibles de menoscabo en forma alguna (artículo 12 de la Carta de la OEA).

- d) No podrán forzar la voluntad soberana de otro Estado y obtener de éste ventajas de cualquier naturaleza (artículo 20 de la Carta de la OEA).

Además, prevé que el fin que establece en el artículo 1 del instrumento estará confiado a los siguientes órganos:

- a) La Asamblea General.
- b) La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores.
- c) Los Consejos.
- d) El Comité Jurídico Interamericano.
- e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- f) La Secretaría General.
- g) Las Conferencias Especializadas.
- h) Los Organismos Especializados.
- i) Los órganos subsidiarios, organismos y las otras entidades que se estimen necesarios (artículo 53 de la Carta de la OEA).

A partir de los principios y órganos creados, por razón de método en apego a nuestro objeto de estudio, sólo abordaremos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

II. *El coronel no tiene quien le escriba:* la esperanza latinoamericana

En 1961, el Nobel de literatura nacido en Aracataca, Colombia, publicó una de sus novelas más cortas: *El coronel no tiene quien le escriba*.

La novela narra la vida de un adulto mayor que espera su pensión que nunca llega. Cada página está inmersa en un sentimiento que predomina en América Latina: la esperanza.

Esperanza que muchas personas de la región depositan en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en búsqueda

de ser escuchadas y lograr justicia. Justicia que no en todas las ocasiones llega al igual que la pensión del coronel, y de llegar, lo hace demasiado tarde.

La CIDH es uno de los órganos fundacionales de la OEA, creado en 1959, que comienza sus funciones en 1960, para promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos y sirve como órgano consultivo de la Organización en esta materia (artículo 1 del Estatuto de la CIDH).

Tiene su sede en Washington D.C., pero es un órgano itinerante. La sede central está en Washington, se reúne en sesiones ordinarias y extraordinarias (artículo 16 del Estatuto de la CIDH). Está integrada por siete personas que duran años años en el encargo con la posibilidad de ser reelectas. Son elegidas por la Asamblea General de la OEA, a partir de una lista propuesta por los Estados parte, en votación secreta y por mayoría absoluta (artículos 6 y 7 del Estatuto de la CIDH).

Su estructura está compuesta por una persona que funge como Presidente o Presidenta, dos vicepresidentes o vicepresidentas, que se eligen por mayoría absoluta entre las comisionadas y comisionados. La duración de los tres cargos es de un año con posibilidad de reelección (artículo 14 del Estatuto de la CIDH).

Conforme a un elemento pertinente, consistente en la naturaleza de las actividades, sus atribuciones y competencias se pueden clasificar de la forma siguiente:

- a) Dimensión política.
- b) Dimensión cuasijudicial.

La primera dimensión promueve y protege los Derechos Humanos, a través de la *negociación* y la *presión internacional*. Actividades que se reflejan

en la emisión de *informes generales*²⁴ sobre la situación específica de los derechos en cualquiera de los 35 Estados que conforman a la OEA. También lo realiza por medio de *comunicados de prensa*, denominados en el argot internacional como diplomacia silenciosa. Finalmente, la dimensión política, prevé a las visitas *in loco*, que aunque no es una facultad regulada en el reglamento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), encuentra su fundamento en los artículos 51 y 55 del Reglamento de la CIDH, y 18 del Estatuto. Existen otro tipo de funciones que pertenecen a la primera dimensión: las Relatorías y grupos de trabajo.²⁵

La segunda dimensión comprende el examen de peticiones individuales que señalan los artículos 44 de la CADH y 23 del reglamento de la CIDH. Las peticiones son examinadas por parte de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH, en las que esencialmente verifica si las personas, grupos de personas o entidades no gubernamentales reconocidas por la OEA, satisfacen los requisitos de procedencia que señala el artículo 28 del reglamento de la CIDH.²⁶ La regla consiste en que la secretaría analiza las peticiones en razón del turno, sin embargo, el artículo 29 de su reglamento permite un análisis prioritario, cuando la presunta víctima o presuntas víctimas, se encuentran en las siguientes hipótesis: a) Con el paso del tiempo se prive

²⁴ Se fundamentan en los artículos 41 (b) (c) y (d) de la CADH, y 18 (c) y (d) del Estatuto de la CIDH.

²⁵ A partir del año 1990, la CIDH empezó a crear relatorías temáticas con el objeto de brindar atención a ciertos grupos, comunidades y pueblos que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad y por la discriminación histórica de la cual han sido objeto.

Mencionamos a las relatorías de la CIDH: Derechos de los pueblos indígenas (1990); Derechos de las mujeres (1994); Derechos de los migrantes (1996); Libertad de expresión (1997); Derechos de la niñez (1998); Defensoras y defensores de Derechos Humanos (2001); Derechos de las personas privadas de libertad (2004); Derechos de las personas Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial (2005); Relatoría sobre los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (2011); Unidad sobre los derechos económicos, sociales y culturales (2012).

²⁶ Desde una óptica procesal, el artículo establece requisitos lógicos como el nombre o nombres de las personas denunciadas, el derecho de reservar su identidad, un medio para ser notificados, la narración de hechos que dan motivo a la petición individual, el cargo de la autoridad a la cual se le atribuye la violación de derechos, la mención del día de la última notificación por parte del Estado parte, el señalamiento de los recursos internos agotados, y la mención de existencia de otro procedimiento internacional en contra de las violaciones aducidas.

el efecto útil de protección; b) Cuando sea adulto mayor, niño, niña o adolescente; c) Enfermedad terminal; d) Posible aplicación de la pena de muerte; e) Conexidad con una medida cautelar dictada con anterioridad por la CIDH; f) Personas privadas de la libertad; g) Cuando el Estado manifiesta la intención de autocomposición; y, h) Cuando la decisión pueda provocar cambios estructurales o legislativos.

El procedimiento sigue los principios de contradicción (presentación de un informe de los Estados parte dentro de un plazo de tres meses, —artículo 30.3 del reglamento de la CIDH—, y la posibilidad de presentar observaciones dentro de un plazo de cuatro meses con la posibilidad de prórroga, —artículo 37.1 del reglamento citado—; el principio de concentración (manifestaciones, presentación y desahogo de pruebas y alegatos, —artículos 64, 65 y 66 del multicitado reglamento—).

Al finalizar el periodo de audiencias, la determinación del CIDH se materializa mediante un informe del fondo, que podrá tener los efectos siguientes: a) El establecimiento de la violación a Derechos Humanos; b) La preparación de un informe preliminar con las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmitirá al Estado parte para que en un plazo señalado informe sobre las medidas que ha adoptado.

En el supuesto de que el Estado incumpla las recomendaciones del informe aprobado conforme al artículo 50 del reglamento de la CIDH, siempre y cuando haya aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme al artículo 62 de la CADH, la CIDH somete el caso ante el tribunal regional, —salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión—.

III. La fiesta del Chivo: de la esperanza a los primeros indicios de justicia en América Latina

En el año 2000, el escritor peruano-español, Mario Vargas Llosa, publicó su segunda novela fuera del contexto peruano: *La fiesta del Chivo*. Novela

está basada en la descripción del régimen dictatorial y muerte de Rafael Leónidas Trujillo Molina en República Dominicana, que se desarrolló de 1930 al 30 de mayo de 1961.

Comenzamos este apartado con la anotación anterior, debido a que América Latina ha sido el continente de las dictaduras militares, de la violación constante de las libertades fundamentales, de la represión a la oposición política, de las personas torturadas y ejecutadas sin debido proceso, de las masacres y de la impunidad, del olvido de la dignidad humana.

En la historia de nuestro continente, las dictaduras imperaron de 1930 a 1990, por ejemplo, con el gobierno de Rafael Videla (Argentina, 1976-1981), Alfredo Stroessner (Paraguay, 1945-1989), Hugo Banzer (Bolivia, 1971-1978), Gustavo Rojas Pinilla (Colombia, 1953-1957), Anastasio Somoza Dabayle (Nicaragua, 1934-1979), Augusto José Ramón Pinochet Ugarte (Chile, 1974-1990), François Duvalier (Haití, 1957-1971), Fulgencio Batista (Cuba, 1952-1959), Carlos Castillo Armas (Guatemala, 1954-1957), y la última del siglo XX, Alberto Keyna Fujimori (Perú 1990-2000).

Como observamos, el rango temporal es muy importante si consideramos que la OEA fue creada en 1948, pero fue hasta 1951 que la Carta de OEA entró en vigencia, es decir, a pesar de que la existencia de un órgano regional cuyo objetivo es lograr la paz en el continente, en la realidad social de muchos Estados latinoamericanos, las personas sólo mantenían la esperanza y el deseo de dar los primeros pasos hacia la justicia y la protección de sus Derechos Humanos.

En ese contexto político y social, se llevó a cabo la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969,²⁷ en la ciudad de San José Costa Rica, con el propósito de crear

²⁷ Como antecedente de la conferencia, en México se llevó a cabo la Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz, en los meses de febrero y marzo de 1945.

un instrumento internacional que materializara la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas en la región: La Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigencia el 18 de julio de 1978, y que consta de 82 artículos agrupados en tres partes y a su vez en 11 capítulos.

Ante la inobservancia de las obligaciones internacionales de respetar los Derechos Humanos, se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1969, sin embargo, no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor la CADH.

Fue durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, celebrado el 22 de mayo de 1979, en el que los Estados Parte de la Convención eligieron a las personas que compondrían a la CorIDH, y celebraron su primera reunión el 29 y 30 de junio de 1979 en Washington D.C.

El tribunal interamericano es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la CADH. Esa labor la realiza a través de siete personas elegidas de una lista de candidatas y candidatos por la Asamblea General de la OEA. Su estructura está compuesta por un Presidente y un Vicepresidente, elegidos entre sus miembros, que duran dos años en el encargo con la posibilidad de ser reelectos (artículo 12.1 del Estatuto de la CorIDH); y una Secretaría (artículo 14 del Estatuto de la CorIDH), que en esencia dirige la administración de la Corte a través de las indicaciones de la presidencia (artículo 10 del Reglamento de la CorIDH).

Las funciones de la CorIDH se pueden sintetizar en dos vertientes: 1) *Jurisdiccional*. Que se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la CADH; y 2) *Consultiva*. Que tiene como fundamento al artículo 64 de la CADH y que, por razón de método, no vamos a desarrollar.

La primera función comienza con la introducción de una causa ante la Secretaría (artículo 61.1 de la CADH), mediante la presentación del

informe de la CIDH,²⁸ al que hace alusión el artículo 50 de la CADH o mediante la presentación de un escrito motivado por parte de un Estado miembro (artículo 36 del Reglamento de la CorIDH). Si el informe o escrito motivado omite alguno de los requisitos, se notificará a efecto de que sea subsanado en un término de 20 días.

A partir del sometimiento del caso, el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos se desarrolla a través de las etapas de la teoría del proceso, es decir, el Secretario necesariamente debe notificar a la Presidencia, a las juezas y los jueces, al Estado demandado, a la Comisión si no es ella quien presenta el caso, a la presunta víctima o presuntas víctimas y, en su caso, al defensor interamericano que asigna la CorIDH, si no hubiere representación legal.

Con el conocimiento del caso, la presunta víctima o presuntas víctimas, tienen un plazo de dos meses para presentar su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (artículo 40 del Reglamento de la CorIDH). Por lo que respecta al Estado demandado, tiene un plazo de 30 días para designar a las personas que fungirán como agentes del Estado, y dos meses para presentar su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (artículo 41 del Reglamento de la CorIDH), en el que precisa que sólo en este escrito puede hacer valer las excepciones preliminares que considere que se actualizan en el caso sometido a la CorIDH (artículo 42 del Reglamento de la CorIDH), para dar pauta al principio de contradicción, en el que la presunta víctima o presuntas víctimas, pueden presentar sus observaciones a las excepciones preliminares, que de estimarse necesario, serán resueltas en una audiencia especial o resolverlas en la sentencia de fondo.

Con las últimas líneas del párrafo anterior, concluye lo que denominan "fase escrita" y comienza la "fase oral", mediante la celebración de una

²⁸ El informe deberá contener los requisitos que establece el artículo 35 del Reglamento de la CorIDH. En síntesis, son requisitos lógicos procesales como la identificación de las presuntas víctimas, argumentos de sometimiento del caso, pruebas, constancias y pretensiones. Por lo que respecta al informe motivado de un Estado parte, se deben cubrir los mismos requisitos.

audiencia, que comienza con los razonamientos de la Comisión sobre el informe que rinde, continúa con la intervención de las y los declarantes, de las y los testigos, del análisis de peritos, para finalizar con la rendición de alegatos y observaciones finales.

C. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Una vez que concluye la audiencia pública que señalamos en el último párrafo de la sección anterior, se agenda una fecha para la deliberación y resolución en sesión privada. Posteriormente, se construye un proyecto de sentencia bajo la supervisión de una Jueza o un Juez instructor, que es sometido a votación.

Si alguna Jueza o Juez disiente, lo debe informar durante la deliberación y debe manifestar su intención de construir un voto por separado.

Debemos aclarar que la regulación normativa de las sentencias está presente en los artículos 63 de la CADH, 65 y 66 del Reglamento de la CorIDH, sin embargo, es necesario que a través de la metodología se identifiquen las partes que las componen, en razón de que los ordenamientos se limitan a expresar la existencia de las sentencias de fondo, reparaciones y costas.

Así, la estructura de una sentencia está conformada de la manera siguiente:

- 1) Identificación o encabezado. Nombre(s) de la(s) víctima(s), del Estado parte, de las juezas y los jueces que intervienen, del secretario o la secretaria de la Corte, fecha, tipo de sentencia (fondo, excepciones preliminares, reparaciones, interpretación de sentencia).
- 2) Introducción a la causa. Narración del sometimiento del caso ante la CorIDH, artículos que se estiman vulnerados y pretensiones.

- 3) Antecedentes procesales. Relación sucinta y cronológica de las etapas procedimentales y procesales en el Estado parte, en la CIDH y CorIDH.
- 4) Análisis previo de procedencia. Se analizan las excepciones preliminares, la competencia y, en su caso, la declaración de reconocimiento de responsabilidad total o parcial por parte del Estado.
- 5) Estudio de fondo. En esta parte se hace la relación y el análisis de tres elementos procesales: los hechos, las pruebas que, con apoyo en la lógica deductiva, producen como inferencia la determinación de derechos violados.
- 6) Medidas de reparación. En la sentencia, se hace mención de las reparaciones que deberá cumplir el Estado condenado, pudiendo ser: a) Investigación y sanción de los agentes del Estado responsables, b) Satisfacción, c) Rehabilitación, d) Restitución, e) De no repetición, y f) Indemnización.
- 7) Resolutivos. Aquí encontramos la declaración de vulneración o no de un Derecho Humano que se atribuye a un Estado parte.
- 8) Requisitos lógicos-procesales. La última parte está compuesta por las firmas de las juezas y los jueces, la disposición de ejecución y notificación de la sentencia.

I. Hibridación de familias jurídicas en la construcción de las sentencias interamericanas

A partir de la metodología del derecho comparado, observamos que las sentencias interamericanas se construyen a partir de la hibridación de familias jurídicas, en específico de dos: *common law* y *civil law*.

1. Haz lo que hicieron tus padres

Con esta frase el profesor Lucio Pegoraro²⁹ identifica el objetivo de las juezas y los jueces del *civil law*. Su ejercicio cognoscitivo consiste en

²⁹ Pegoraro, Lucio y Rianella, Angelo, *Derecho constitucional comparado. Constituciones y fuentes del Derecho*, op. cit., p. 32.

recordar la forma a través de la cual se resolvió un caso en el pasado, para utilizar esos argumentos en un caso presente. Las lectoras y los lectores podrán pensar que ésa es la lógica del precedente del *common law*, sin embargo, debemos recordar que las bases del derecho anglosajón también encuentran sus fundamentos en el derecho de occidente.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos utiliza frases propias del *civil law* como:

- 1) "La Corte ha establecido", en 739 ocasiones.
- 2) "La jurisprudencia de esta Corte", en 116 ocasiones.
- 3) "La Corte ya ha señalado", en 39 ocasiones.

Con lo que advertimos la presencia de estas variables en la construcción de las sentencias interamericanas. Ello se explica por la formación de las juezas y de los jueces que integran al tribunal regional, y a la influencia formativa en los Estados latinoamericanos.

2. Sigue la razón

"Sigue la razón" también es una frase que utiliza el profesor Pegoraro³⁰ para hacer referencia a la forma de producción del Derecho que se basa en el razonamiento humano para su aplicación en caso concreto.

Esa base es precisamente el fundamento del *common law*.

En las sentencias interamericanas, además, de la redacción de los párrafos con las variables del *civil law*, se utiliza la teoría del precedente en los aparatos críticos o citas de las sentencias. Con esta labor, nuestro tribunal regional recuerda los párrafos de las sentencias dictadas con anterioridad para apoyarse en la construcción de un nuevo fallo.

³⁰ *Ibidem*, p. 67.

A manera de ejemplo, citamos una sola sentencia emblemática y su uso como precedente:

Sentencia	Uso como precedente	Casos contra México
1) Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988.	236 sentencias de la CorIDH.	<p>7 sentencias</p> <p>Distribución</p> <p>1) González y otras. Campo Algodonero. (17 ocasiones) (pp. 12, 14, 16, 25, 52, 65, 65, 65, 68, 75, 76, 113, 113, 159, 159, 169 y 165).</p> <p>2) Radilla Pacheco (24 ocasiones) (pp. 9, 11, 11, 20, 23, 34, 43, 43, 46, 46, 53, 57, 57, 57, 63, 64, 65, 65, 67, 80, 85, 88 y 89).</p> <p>3) Cabrera García y Montiel Flores (11 ocasiones) (pp. 10, 16, 58, 58, 79, 81, 82, 83, 103 y 121).</p> <p>4) Castañeda Gutman (9 ocasiones) (pp. 11, 12, 12, 14, 14, 21, 34, 60 y 60).</p> <p>5) Fernández Ortega y otros (8 ocasiones) (pp. 14, 16, 36, 38, 64, 68, 68 y 80).</p> <p>6) Rosendo Cantú y otra (9 ocasiones) (pp. 14, 15, 35, 36, 36, 57, 62, 62 y 75).</p> <p>7) García Cruz y Sánchez Silvestre (3 ocasiones) (pp. 22, 22 y 23).</p>

Además, está presente la noción de *obiter dicta* en la parte 2, 3, 4 y en la narración fáctica del 5. Y también la noción *ratio decidendi* en la sección 5 con la narración de párrafos en abstracto.

Como se aprecia, la hibridación de familias jurídicas es innegable, ya que en las diversas secciones que componen a las sentencias interamericanas están presentes sus fundamentos y se utilizan para lograr un objetivo en común: recordar cómo se ha fallado en sentencias anteriores.

II. No actúes como un lobo solitario

A través de la metodología de la comparación jurídica, demostramos que en las sentencias interamericanas existe la circulación de formantes, es decir, las sentencias están construidas con apoyo en ordenamientos legales latinoamericanos y regionales, doctrina, y sentencias de tribunales constitucionales y regionales.

Por razón metodológica, sólo vamos a compartir los elementos cuantitativos distribuidos por Estado condenado, sobre el diálogo que mantiene la CorIDH con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Estado condenado	Sentencias de la CorIDH en las que se han utilizado las sentencias de condena
Turquía	76
España	71
Reino Unido	71
Francia	64
Austria	56
Italia	55
Bulgaria	44
Alemania	41
Bélgica	39
Rusia	35
Países Bajos	27
Polonia	26
Suecia	26
Suiza	26
Dinamarca	23
Grecia	23
Irlanda	22
Hungría	21
Chipre	20
Montenegro	17
Rumania	16
Ucrania	15

Finlandia	13
Noruega	13
Armenia	11
Croacia	11
Lituania	10
Moldavia	10
Portugal	10
Malta	9
Letonia	8
Macedonia	8
República Checa	8
Serbia	8
Georgia	7
Bosnia y Herzegovina	6
Eslovenia	6
Luxemburgo	5
Eslovaquia	4
Azerbaiyán	3
Estonia	3
Liechtenstein	3
Mónaco	3
Albania	2
Islandia	2
San Marino	1
Andorra	0
Total	956

D. Metodología

Una vez expuesto nuestro marco teórico, —entendido como la información fundamental que las lectoras y los lectores deben conocer—, y el tema central, es necesario realizar un planteamiento metodológico que nos permita exponer la clasificación de las sentencias interamericanas.

Para cumplir nuestro objetivo general, compartimos el siguiente planteamiento:

I. Objeto de estudio

Las sentencias de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisan la discriminación de las sentencias de supervisión de cumplimiento e interpretación de la sentencia.

Durante el reconocimiento de los hechos, advertimos que, a partir del 2002, la CorIDH resuelve en definitiva los temas inherentes al fondo, excepciones preliminares, reparaciones y costas. Antes de ese año, las resoluciones se realizaban de manera individual.

II. Delimitación del objeto de estudio

1. Material

Sentencias de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Temporal

29 de julio de 1988 al 22 de junio de 2022. La delimitación se justifica en razón de que la primera sentencia es el caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras* y, al cierre de la investigación, la última sentencia notificada es el caso *Guevara Díaz vs. Costa Rica*.

III. Muestra general de sentencias

1. Sentencias de fondo

331 sentencias de fondo. De las cuales 286 están activas y 45 están cerradas (cumplimiento).

2. Distribución de la muestra por Estado condenado

Estado parte	Sentencias de condena
Argentina	34
Barbados	2
Bolivia	8
Brasil	11
Chile	14
Colombia	28
Costa Rica	6
Ecuador	34
El Salvador	8
Guatemala	37
Haití	2
Honduras	17
México	13
Nicaragua	6
Panamá	5
Paraguay	9
Perú	53
República Dominicana	4
Surinam	6
Trinidad y Tobago	4
Uruguay	3
Venezuela	27

IV. Elementos pertinentes de clasificación

Descrita la muestra general, el siguiente paso es construir clasificaciones a partir de elementos pertinentes.³¹

³¹ *Vid., supra* el apartado I, Sección 2, apartado C.

Para tal efecto, proponemos clasificar las sentencias de la manera siguiente: 1) Tratado o convención que han interpretado; 2) Artículo interpretado de la CADH; 3) Línea jurisprudencial; y 4) Efecto de la sentencia (tipología).

Finalmente, por razón metodológica y extensión, será imposible hacer referencia a todas las sentencias. Para subsanar lo anterior, proponemos insertar sólo aquellas que consideramos emblemáticas, sea porque constituyen un *leading case*,³² por su impacto regional y, finalmente, por ser una sentencia condenatoria al Estado mexicano y considerar que la editorial que publicará la investigación es mexicana.

E. Clasificación a partir del léxico de la comparación jurídica

I. Tratado o convención interpretada

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es el tratado internacional que por disposición competencial interpreta la CorIDH, sin embargo, su ejercicio interpretativo se ha extendido a tratados de los cuales tiene una competencia formal, y conforme al artículo 29 del Pacto de San José, le permite tener una competencia material.

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Fue aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá en 1948. Está construida a través de un capítulo de considerandos, un preámbulo y dos capítulos de reconocimiento de derechos, el primero consta de 28 artículos y el segundo de 10.

En cuanto a la distribución de artículos interpretados en las sentencias interamericanas, la declaración ha sido interpretada en 36 sentencias interamericanas, en la que el artículo I destaca como el más interpretado:

³² Caso primigenio o inicial de la línea jurisprudencial.

Artículo I (Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona).	4 sentencias interamericanas	1) <i>Argüelles y otros vs. Argentina</i> 2) <i>Herzog vs. Brasil</i> 3) <i>Julien Grisonas vs. Argentina</i> 4) <i>Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil</i>
---	------------------------------	--

El objetivo de la CorIDH, al interpretar a la declaración, ha sido para recordar que "la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta" (Carta de la OEA).³³

2. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

Fue adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 12 de septiembre de 1985. Entró en vigor el 28 de febrero de 1987.

La Convención recuerda en su preámbulo que su construcción es acorde a "[...] lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sentido de que nadie debe ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Está compuesta por 24 artículos, que han sido interpretados en 94 sentencias interamericanas (artículos 1: 30; 2: 2; 6: 31; 8: 30; y 10: 1).

De los preceptos interpretados, destaca el siguiente:

Artículo 8

Los Estados partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente.

³³ Cita 29 del caso *Argüelles y otros vs. Argentina*.

Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal.

Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado.

La CorIDH lo interpretó en el caso *Selvas Gómez y otras/Mujeres de Atenco vs. México*, para reforzar el contenido de la línea jurisprudencial sobre el deber de investigar,³⁴ que se sustenta en el artículo 2 de la CADH:

270. La Corte ha señalado que el deber de investigar previsto en la Convención Americana se ve reforzado por lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura que obligan al Estado a "toma[r] medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción", así como a "prevenir y sancionar [...] otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de dicha Convención, los Estados partes garantizarán "a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente" y "que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal [...].

³⁴ *Cfr. Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, núm. 42, párrafo 171; y *García Prieto y otros vs. El Salvador*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 168, párrafo 100.

También en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la CorIDH dotó de sentido interpretativo al artículo 8 de la aludida convención interamericana, al precisar:

92. La Corte ha señalado que del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación. Igualmente, se ha señalado que el artículo 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura establece claramente que, "cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal". Asimismo, el Tribunal ha señalado que la obligación de investigar y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares no sólo se desprende de las normas convencionales de derecho internacional imperativas para los Estados Parte, sino que además se deriva de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas, pruebas o peticiones o cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos.

3. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

Fue adoptada por la OEA, el 9 de junio de 1994, y entró en vigor el 28 de marzo de 1996. Consta de 22 artículos.

La CorIDH lo ha interpretado en 51 sentencias. Los dos artículos más interpretados son el I (49) y el III (8). El último de los preceptos señalados dispone:

Artículo VIII

No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tiene el derecho y el deber de no obedecerlas.

Los Estados Partes velarán asimismo por que, en la formación del personal o de los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley, se imparta la educación necesaria sobre el delito de desaparición forzada de personas.

Dentro de las sentencias emblemáticas que han interpretado al artículo citado, es el caso *Vásquez Durand y otros vs. Ecuador*. En esta sentencia del 15 de febrero de 2017, la CorIDH robusteció la línea jurisprudencial³⁵ que distingue a la desaparición forzada de personas con la ejecución extrajudicial, al establecer que:

126. Según la definición contenida en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada y la jurisprudencia de esta Corte, una de las características de la desaparición forzada, a diferencia de la ejecución extrajudicial, es que conlleva la negativa del Estado de reconocer que la víctima está bajo su control y de proporcionar información al respecto, con el propósito de generar incertidumbre acerca de su paradero, vida o muerte, de provocar intimidación y supresión de derechos.

4. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ‘Convención de Belém Do Pará’

Fue adoptada el 9 de junio de 1994, entró en vigor el 5 de marzo de 1995. Es el primer tratado internacional de Derechos Humanos que

³⁵ *Cfr.* Caso *Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 91, y Caso *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala vs. Perú*, *supra*, párr. 140.

centró su objetivo en la violencia contra las mujeres y que consagró su derecho a una vida libre de violencia tanto en el ámbito privado como en el público.

La CorIDH ha interpretado en 20 sentencias a la convención referida y centró su ejercicio hermenéutico en el artículo 7 y sus incisos a, b, c, f y g. El artículo expresa:

Artículo 7

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- a. Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- b. Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c. Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- d. Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
- e. Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos

vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

. Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y

h. Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

El inciso que más ha interpretado nuestro tribunal regional es el "b" en nueve sentencias. Al respecto, en el caso *González y otras (Campo algodón) vs. México*, la Corte razonó que el Estado mexicano incumplió "la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer", al señalar que: "284. [...] Este incumplimiento del deber de garantía es particularmente serio debido al contexto conocido por el Estado —el cual ponía a las mujeres en una situación especial de vulnerabilidad— y a las obligaciones reforzadas impuestas en casos de violencia contra la mujer por el artículo 7.b de la Convención Belém do Pará".

En el caso emblemático *Guzmán Albarracín y otros vs. Ecuador*, se reforzó la interpretación del artículo 7.b, al interpretarse de manera sistemática con los artículos 8 y 25 de la CADH, precisando que:

177. En casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados

que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b, dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección.

II. Artículo interpretado de la CADH

En la sección anterior, comenzamos afirmando que la CADH es la fuente primigenia de interpretación de la CorIDH. Esto justifica la creación de un apartado diverso que tiene como objetivo clasificar las sentencias conforme a la interpretación del pacto de San José.

En esta sección, por razón de la extensión requerida, sacrificaremos la inserción del trabajo empírico y análisis cualitativo, para aportar solamente aspectos cuantitativos.

Con la precisión anterior, recordemos que en el apartado II, inciso 3, redactamos que la CADH está compuesta por 82 artículos agrupados en tres partes y a su vez en 11 capítulos. Añadimos que, en la primera parte, cada artículo está dividido en incisos que reconocen derechos. Lo anterior debido a que debe tomarse en consideración que cada punto puede ser interpretado y que esto no implica la interpretación total del artículo.

Así, la distribución de los 10 artículos más interpretados en las sentencias es la siguiente:

Artículo de la CADH	Sentencias
1.1	202
8.1	154
25.1	131
2	124
5.1	107
25	6
4.1	61
5.2	44
24	42

Como se advierte, los artículos más interpretados se relacionan a la obligación estatal de respeto a los Derechos Humanos, al deber de adoptar medidas de derecho interno, a las garantías judiciales, al derecho a la integridad y la vida, a la protección judicial, y a la igualdad ante la ley, con lo que se justifica que la actividad del tribunal interamericano ha estado enfocado a temas que se relacionan con las violaciones a los derechos y las libertades fundamentales que imperan en los regímenes autoritarios, en específico, temas relacionados con el derecho penal.³⁶

III. Efectos de las medidas de reparación

La clasificación de las sentencias interamericanas, a partir de este elemento pertinente, necesariamente nos traslada al estudio de la magistratura constitucional en el derecho procesal constitucional.

El profesor y doctor Giovanni Figueroa Mejía define a las sentencias constitucionales como aquellas "decisiones emitidas por los tribunales constitucionales (con independencia del nombre asignado en cada

³⁶ El Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor realizó un estudio que tuvo como delimitación temporal al mes de enero de 2014. En dicho estudio afirmó: "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Tribunal Interamericano) en materia de justicia penal es tan rica como abundante, si tenemos en consideración que de los 172 casos contenciosos que ha resuelto a esta materia". Vid. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal", en *Revista IIDH*, número 59, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2014, pp. 29-118.

país a este tipo de órganos: Corte Constitucional, Sala Constitucional, Suprema Corte, Corte Suprema, Tribunal Supremo) al resolver procesos constitucionales, cuyo presupuesto sea interpretar valores y principios fundamentales, integrar creativamente el Derecho y decidir cuestiones de trascendencia jurídica y política".³⁷

Por analogía, tomando en consideración un factor metodológico distinto de creación de las sentencias interamericanas, podemos señalar que son las decisiones de la CorIDH para resolver asuntos contenciosos, en los que se interpretan los valores y principios fundamentales del *corpus iuris interamericano*, con el objetivo de salvaguardar su efecto útil.

De esa manera y con la precisión metodológica, podemos clasificar a las sentencias conforme a las características de su medida de reparación y los efectos que producen, además de precisar que se desarrollan los efectos que más se repiten en las sentencias, y que en un trabajo posterior desarrollaremos más efectos como la construcción de carreteras y monumentos, adecuación de la norma fundamental, memoriales, continuación debida de diligencias de investigación, entre otras más que la Corte ha diseñado a través de lo que denominamos "sentencias pedagógicas".

1. Modificación normativa (ajuste del derecho interno)

La CorIDH condena a los Estados a que ajusten sus normas de derecho interno, cuando considera que éstos vulneran al artículo 2 de la CADH. Como ejemplo citamos los casos *Castañeda Gutman vs. México*, *Hilaire vs. Trinidad y Tobago*, *Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, *Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*, *Pollo Rivera y otros vs. Perú*, *Sawhoyamaya vs. Paraguay*, y *Radilla Pacheco vs. México*, entre otros.

³⁷ Figueroa Mejía, Giovanni, voz "Sentencia Constitucional", en Caballero González, Edgar S. (coord.), *Diccionario Práctico de Derecho Constitucional*, México, Centro de Estudios Jurídicos Carbo-nell, 2020, pp. 183-188.

En el caso Castañeda Gutman, la CorIDH resolvió:

6. El Estado debe, en un plazo razonable, completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido, en los términos de los párrafos 227 a 231 de la presente Sentencia.

2. Reconocimiento público de responsabilidad

La CorIDH en 144 sentencias ha condenado a los Estados al reconocimiento de responsabilidad. Las sentencias con este tipo de efectos han sido dirigidas principalmente a tres Estados: Perú (22), Guatemala (21) y Colombia (19).

Un ejemplo de resolutivo está presente en el caso *Radilla Pacheco vs. México*, al disponer:

14. El Estado deberá realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad en relación con los hechos del presente caso y en desagravio a la memoria del señor Rosendo Radilla Pacheco, en los términos de los párrafos 351 a 354 de la presente Sentencia.

3. Indemnización

Podemos pensar que el efecto más común en las sentencias interamericanas es la indemnización. Lo anterior debido a que es una medida de reparación tradicional en los procesos ordinarios y constitucionales.

En ese sentido, la CorIDH ha emitido 217 sentencias en las que condena a un Estado al pago por concepto de indemnización. Por lo que respecta

a las sentencias de condena del Estado mexicano, en cuatro se ha adoptado la medida de indemnización: Castañeda Gutman, Cabrera García y Montiel Flores, Alvarado Espinoza y otros, y Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco. A manera de ejemplo, en el caso Alvarado Espinoza, la Corte dispuso:

20. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 345, 346, 350, 352 y 359 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales y por el reintegro de cosas y gastos, en los términos de los referidos párrafos y de los párrafos 351 y 364 a 369 de esta Sentencia.

4. La sentencia interamericana como medida de reparación *per se*

Es muy común que, al analizar la parte resolutive de las sentencias interamericanas, encontremos como primer efecto reparación: "Esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación". Esto es así, debido a que el tribunal regional ha condenado con esa medida a los Estados parte, en 190 sentencias.

5. Brindar atención psicológica o psiquiátrica

El Estado mexicano encabeza las sentencias en las que se ordena brindar atención psicológica o psiquiátrica a la(s) víctima(s). En total, la CorIDH le ha dado ese efecto a sus sentencias en 12 ocasiones, de las cuales los casos García Cruz y Sánchez Silvestre, Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, Rosendo Cantú y otra, y Alvarado Espinoza y otros, se refieren a México.

Por ejemplo, en el caso de Valentina Rosendo Cantú, la CorIDH dispuso: "19. El Estado deberá brindar el tratamiento médico y psicológico que requieran las víctimas, de conformidad con lo establecido en los párrafos 252 y 253 de la presente Sentencia."

6. Otorgamiento de becas

En dos sentencias condenatorias contra el Estado mexicano, la CorIDH ha condenado al otorgamiento de becas: *Fernández Ortega y otros*, y *Rosendo Cantú y otras*.

Este efecto es común en los casos que involucren la violación al artículo 5 de la CADH. A manera de ejemplo, el caso *Familia Barrios vs. Venezuela*, que se refiere a la persecución (asesinatos, detenciones, maltratos) en perjuicio de la familia Barrios por parte de la policía venezolana, la Corte condenó al estado a: "El Estado deberá otorgar becas de estudio en instituciones públicas venezolanas en beneficio de las personas indicadas en el párrafo 336 de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas".

35. El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante*

Javier García Roca**

Humberto Nogueira Alcalá***

* La base de este capítulo fue originalmente publicada en García Roca, Javier y Nogueira Alcalá, Humberto, "El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante", en García Roca, Javier y Carmona Cuenca, Encarna (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, Madrid, Instituto de Derecho Parlamentario/Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 71-132. Las notas al pie fueron integradas y revisadas por Giovanni A. Figueroa Mejía y Ángel Humberto Mendoza Rodríguez.

** Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid (UCM). Presidente Emérito de la Asociación de Constitucionalistas de España. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Director del Departamento de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UCM.

*** Director del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca, donde fue decano y profesor titular. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y Miembro Asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya.

SUMARIO: A. Introducción y metodología de la comparación. B. ¿Qué quiere decir "impacto"? 2.1. ¿Tienen las disposiciones del CEDH efecto directo para los tribunales? ¿Son ejecutivas o directamente aplicables? 2.2. ¿Hasta qué punto el CEDH y la CADH crean derechos subjetivos? ¿Aprueban los par lamentos medidas legislativas para dotarles de eficacia general? ¿Pueden ordenarlas los tribunales? 2.3. ¿Se ha producido la inaplicación de la legislación nacional? 2.4. ¿Se realiza una interpretación conforme al CEDH y la CADH? 2.5. ¿Se usa el Derecho de la Unión como vehículo para revisar la compatibilidad de la ley nacional con el CEDH? 2.6. ¿Cuál es el impacto de las sentencias supranacionales en el proceso de decisión judicial en cada país? 2.7. ¿Cómo se plantean los órganos estatales el margen de apreciación nacional? 2.8. ¿Aplican los tribunales nacionales categorías como obligaciones positivas, medida necesaria, y otros estándares convencionales y criterios interpretativos? 2.9. ¿Se discute la legitimidad del TEDH y de la Corte IDH? 2.10. ¿Este criticismo ha dado lugar a interpretaciones judiciales restrictivas? C. La obligación de respetar las sentencias y garantizar los derechos. D. Recepción interna del acervo convencional. E. Eficacia de cosa interpretada: una interpretación vinculante. 5.1. El valor vinculante de la interpretación convencional. 5.2. La vinculación a las sentencias constitucionales. 5.3. El valor del precedente. 5.4. Las tensiones con el legislador: ¿interpretación conforme o declaración de inconvencionalidad? F. Límites falsos y verdaderos de una interpretación vinculante. Las medidas generales de reparación como reverso. G. Conclusiones.

A. Introducción y metodología de la comparación

Necesitamos una *parte general* como en todo buen Derecho. Unas herramientas teóricas que puedan aplicarse en una *parte especial* donde se muestre el impacto de ambas jurisprudencias en algunos sectores concretos, para advertir cómo se reajustan los ordenamientos nacionales tras los pronunciamientos en ambos sistemas supranacionales. Nos ocuparemos, pues, en decantar las ideas de "impacto", "precedente" e "interpretación vinculante". El funcionamiento real responde a esa lógica, frente al diseño inicial en ambos convenios, centrado en las reparaciones de concretas violaciones de derechos de las víctimas. El impacto de las

sentencias es hoy mayor, pues tienen una eficacia abstracta y general, *erga omnes*, y no sólo *inter partes*.

Una aproximación comparada es posible, porque el catálogo de derechos en los sistemas europeo e interamericano es *homogéneo*. Puede que sean disímiles las medidas de reparación. Pero tampoco es lo mismo ejecutar una escasa veintena de sentencias en América que muchos cientos en Europa. También pueden ser diferentes las realidades sociales en los dos continentes, pero sólo en ocasiones. Ha habido grandes matanzas y desaparecidos en Iberoamérica, pero no menos en el Kurdistán y en Chechenia. El Consejo de Europa ya no es sólo un club de elegantes democracias europeas. Estas diferencias no producen términos de comparación heterogéneos.

Existe además un *parámetro universal* del cual participan ambas protecciones regionales y que emana de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de un amplio conjunto de relevantes tratados internacionales sobre derechos que utilizan constantemente ambas Cortes.¹ No deberían haber interpretaciones contradictorias, en ausencia de pasarelas entre ambos sistemas, para impedir la fragmentación del Derecho internacional.²

Los derechos fundamentales son un *case law* y se especifican en torno a concretos supuestos de hecho, mediante interpretaciones motivadas y fundadas en unos parámetros normativos predeterminados: sin hechos

¹ Sobre el parámetro universal o regional en materia de derechos y la necesidad de no producir una fragmentación del Derecho Internacional en la jurisprudencia de ambas Cortes regionales véase García Roca, Javier, "El diálogo sobre derechos humanos entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana", en Santolaya Machetti, Pablo y Wences, Isabel (coords.), *La América de los derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 533-563, y los autores que allí se mencionan.

² La metodología de nuestra aproximación comparada a ambas Cortes regionales y su justificación puede leerse en García Roca, Javier, Fernández, Pablo Antonio, Santolaya, Pablo y Canosa, Raúl. (eds.), *El diálogo entre los sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2012. En esa obra véanse especialmente García Roca, Javier, Nogueira Alcalá, Humberto y Bustos Gisbert, Rafael, "La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo", pp. 65-107.

no hay normas sobre derechos³ Además, las disposiciones convencionales son muy abiertas, aún más que las constitucionales, y sus exégesis son inevitablemente constructivas de normas. El sometimiento a la literalidad de las disposiciones no siempre puede ser intenso. Son jurisprudencias movidas por una interpretación evolutiva⁴ y rara vez originalista. Se orientan con unos principios elaborados por ambos tribunales, o trasplantados como ocurre con la proporcionalidad.⁵

El *diálogo* en una red global de tribunales que garantizan derechos es uno de los métodos habituales de esta interpretación constitucional *secundum Conventionem*. Una aproximación amistosa a otras jurisprudencias. Decisiones en casos semejantes, que enjuician supuestos de hecho sustancialmente iguales, aplican normas análogas, desde una misma cultura global, común del constitucionalismo y la protección internacional de los derechos, permiten otorgar capacidad suasoria a los razonamientos de otros tribunales. El ejemplar artículo 30 de la Constitución de Sudáfrica establece que los órganos judiciales *must consider international law and "may" consider foreign law*. Una excelente cláusula constitucional de apertura, pues se abre no sólo al Derecho internacional de los derechos humanos —como la portuguesa, la española y muchas iberoamericanas—, sino a un método comparado que es inherente a la naturaleza universal de los derechos antes que regional o local. Cuando las decisiones e interpretaciones son ampliamente compartidas como

³ Es muy revelador y por eso se cita Arzoz Santiesteban, Xavier, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, quien muestra el notable grado de apertura de la interpretación constitucional de los derechos en un Estado constitucional, limitado "desde fuera" en virtud de la interpretación conforme, así como la tendencia hacia un razonamiento universal. Los derechos se especifican o concretizan sobre hechos.

⁴ Canosa Usera, Raúl, "La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos", en García Roca, Javier y Fernández Sánchez, Pablo A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 79-112.

⁵ Acerca de la interpretación constitucional y convencional de los derechos de ambos sistemas regionales, entre otros, García Roca, Javier, "El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo", en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 19-42.

decisiones jurídicas responsables, la presencia de un *common background*, un consenso —continental o internacional— permite pensar al intérprete que pisa un basamento seguro. Por el contrario, cuando el intérprete se aísla y descuelga de ese conjunto de decisiones compartidas en la red y establece un estándar contrario habrá que reclamarle un redoblado esfuerzo de argumentación a causa de su solipsismo o tendencia al monólogo. El lenguaje de los derechos refleja la cultura ilustrada de la razón, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, que no debe tener fronteras, pues es universal.

B. ¿Qué quiere decir "impacto"?

Estamos ante una noción ambigua y descriptiva. No es una categoría jurídica. No sabemos qué es, pero sí que existe. La expresión se ha impuesto en la doctrina escrita en inglés,⁶ menos preocupada por elaboraciones conceptuales precisas que la rica tradición metodológica romanogermánica y, por ende, europea. También se ha adoptado en Iberoamérica.⁷ La palabra no denota apenas nada en castellano, sin embargo, connota mucho. Pero ha acabado por incorporarse al *Derecho común* europeo y latinoamericano y ello nos obliga a estudiarla. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) maneja el término en sus publicaciones.

⁶ Se aluden al hablar de "impacto" dos trabajos importantes: Keller, Helen y Stone Sweet, Alec, *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2008, en donde se revisa el impacto en dieciocho ordenamientos y se muestra la creciente apertura de los mismos al sistema del Convenio; y Gerards, Janneke y Fleuren, Joseps (eds.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECHR in national case-law. A comparative analysis*, Cambridge, Intersentia Publishing Ltd, 2014.

⁷ Para Iberoamérica véase Corzo Sosa, Edgar, Carmona Tinoco, Jorge Ulises, Saavedra Alessandri, Pablo (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2013, quienes llaman la atención sobre los cambios jurídicos que provoca la implementación de las sentencias de la Corte IDH. Algunos otros estudios sobre impacto son los siguientes: una sistematización de los criterios de la jurisprudencia interamericana en este tema puede verse en García Ramírez, Sergio, *El debido proceso*, México, Porrúa, 2012. También Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012, quien se ocupa de lo que llama un "modelo dialógico" con la Corte IDH.

Como primera aproximación, *impact* es una noción mucho más amplia e imprecisa que *implementation* que abarca tanto el "cumplimiento voluntario" como la "ejecución forzosa" de las sentencias. La relevancia del fenómeno en los ordenamientos internos se aprecia fácilmente con un *método inductivo*. Pero los resultados materiales de ese impacto, por su volumen, no se pueden resumir aquí, requeriría un tratado.

Ambos sistemas producen una constante y transversal *transformación* de los ordenamientos. Numerosas leyes han cambiado como consecuencia de su *influencia*. Los tribunales modulan y definen en su alcance, esto es, *interpretan* los derechos y las leyes de acuerdo con los *estándares convencionales* dictados por el TEDH y la Corte IDH. Cabe hablar de una interpretación consolidada y de una *eficacia de cosa interpretada*: una exégesis del Derecho nacional de conformidad con las obligaciones internacionales.

Las jurisprudencias de Estrasburgo y San José tienen pues un papel protagonista, dotado de autoridad y con capacidad para imponer sus decisiones interpretativas (*authoritative role*). Los dos tribunales son los *intérpretes supremos* y finales de los derechos en ambos sistemas. Pero nadie tiene la facultad de decir "la última palabra", como se ha dicho por algunos filósofos, y adoptar un marco que no es adecuado a la naturaleza del fenómeno. Un soberano en una red judicial es imposible, no hay jerarquía siquiera. Basta con estar familiarizado con la realidad en la construcción de las jurisprudencias para advertir la complejidad de los diálogos entre distintos sujetos en varios sentidos y los constantes matices e influencias recíprocas. Es un debate abierto.

"Impacto" quiere decir pues *capacidad de transformar y armonizar* las normas nacionales sobre derechos fundamentales y las regulaciones legales conexas a ellas, así como sus exégesis. Hablamos de una interpretación supranacional que se impone tanto por su *auctoritas*, en virtud de la capacidad suasoria que concede al juzgador adoptar una perspectiva más amplia y distanciada de los hechos, como por su *potestas*, su eficacia vinculante para los poderes públicos nacionales.

"Impacto" no es un término procesal. No se usa en el clásico Derecho procesal civil ni tampoco en el Derecho procesal constitucional, y el *Derecho procesal convencional* todavía no existe realmente en Europa y debe construirse a imagen y semejanza del constitucional, que es su único referente posible,⁸ sin desdeñar sus muchas especificidades que emanan de su origen y fundamento en el Derecho internacional. Es patente que ambas Cortes regionales desempeñan las mismas funciones que los tribunales constitucionales o supremos con competencias en la materia: amparo y control de normas sobre derechos.⁹ Por eso acudiremos a la idea de *vinculación* a las sentencias constitucionales, para explicar la eficacia de *cosa interpretada* de las sentencias convencionales.¹⁰ Puede que en el ámbito latinoamericano el Derecho procesal convencional se encuentre más desarrollado, al partirse de la existencia de códigos de Derecho procesal constitucional en Perú, Costa Rica, y Argentina, entre otros.

Sin embargo, es preciso dar a la idea de impacto un contenido no estrictamente procesal. La noción debe delimitarse desde una perspectiva *garantista* para advertir su verdadera dimensión: la capacidad transformadora de esta jurisprudencia supranacional, y, al tiempo, *realista*. Incluye tanto los efectos políticos como los jurídicos, ya sean normativos o jurisprudenciales, y cualesquiera consecuencias directas o indirectas,

⁸ Mantiene nuestra misma perspectiva, fundada en trasplantar elaboraciones de Derecho procesal constitucional al Derecho procesal convencional, por la similitud de ambas garantías, Vobkhule, Andreas, "Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts. Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund", en *European Constitutional Law Review*, núm. 6, 2010, pp. 175-198.

⁹ Dos interesantes aportaciones a la integración de los controles de constitucionalidad y convencionalidad en Iberoamérica se encuentran en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, parte IV, Madrid-México, Marcial Pons/UNAM, 2013. Asimismo, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, tomos I y II, México, Poder Judicial de la Federación/Consejo de la Judicatura Federal/UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

¹⁰ Citamos tres trabajos, que son una referencia sobre cosa interpretada, de Queralt Jiménez, Argelia, *El tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, sobre la reforma del procedimiento tras el Protocolo 11; Id, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, donde se estudia la obligatoriedad y efectividad de las sentencias, sus efectos interpretativos, la función armonizadora, el canon europeo, etc.; e Id, "El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH", en García Roca, Javier y Fernández Sánchez, Pablo A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales*, op. cit., pp. 229-256.

mediatas o inmediatas. Hablamos de cualquier forma de recepción de la jurisprudencia regional para crear un emergente *ius commune*; lo importante es ese efecto transformador y, en ocasiones, armonizador,¹¹ la europeización o americanización de los ordenamientos que produce una integración a través de derechos.¹²

Este impacto doméstico debe predicarse de todo el "sistema del Convenio" en Europa y de la CADH en el sistema interamericano, las convenciones, el Convenio y los Protocolos adicionales y otros tratados y normas que forman el parámetro de decisión, y debe medirse tras evaluar todo tipo de resoluciones: sentencias, medidas cautelares, opiniones consultivas, etc. No hay razón alguna para establecer limitaciones si se trata de medir la capacidad transformadora e innovadora. En este mismo sentido, la muy oportuna *Human Rights Act* de 1998 en su artículo 2 establece que un órgano judicial debe tener en cuenta las sentencias, decisiones y opiniones consultivas del TEDH, las opiniones de la Comisión, y las decisiones del Comité de Ministros dictadas en ejecución de sentencias.

Debe asimismo traerse a colación el diálogo del TEDH con *otras instituciones internas* al Consejo de Europa como son el Comité para la Prevención de la Tortura (CPT), el Defensor del Pueblo, o la Comisión de Venecia para la defensa de la democracia a través del derecho. El Tribunal de Estrasburgo se integra en el seno de una organización internacional, a diferencia de un tribunal constitucional aislado en su sede constitucional, y se aprovecha de ello. Así v.g. el incumplimiento por los Estados miembros de los informes y recomendaciones del CPT en materia de tortura a veces impulsa sentencias del TEDH sobre tortura y malos tratos. También el código de buenas prácticas en materia electoral de la Comisión de Venecia ha tenido fuerte influencia en las regulaciones electorales nacionales y al motivar la jurisprudencia europea. Asimismo

¹¹ *Idem*.

¹² García Roca, Javier y Fernández Sánchez, Pablo A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales...*, *op. cit.*

el Informe del Comisionado para los derechos humanos en su visita a la Federación Rusa de 2014 ha tenido influjo indirecto en la jurisprudencia: en la necesidad de salvaguardar las condiciones de vida en las prisiones, en el respeto de los derechos en las fuerzas armadas, en los derechos de las minorías nacionales y en otras cuestiones que los pronunciamientos europeos han abordado. Las relaciones entre todas estas instituciones producen sinergias. Algo semejante, pero no igual, ocurre con la Corte IDH que participa en reuniones con los tribunales constitucionales y cortes supremas latinoamericanas en las que se producen diálogos informales. Ambas son formas de colaboración espontánea.

Como este objeto es muy amplio, nos centraremos en los *efectos de las sentencias*. ¿Qué debemos estudiar? Gerards y Fleuren han hecho una aproximación basada en un cuestionario detallado que se sometió a la respuesta de expertos de seis países.¹³ La metodología es útil, pero quizás no sea la más adecuada, pues si bien permite recopilar mucha información, no llega a construir unas categorías que nos orienten. Tanta exhaustividad quizás genere confusión. Nos hacen falta razonamientos generales. Pero usaremos igualmente ese método socrático de preguntas y respuestas.

2.1. ¿Tienen las disposiciones del CEDH efecto directo para los tribunales? ¿Son ejecutivas o directamente aplicables?

Se trata de indagar la implementación del Convenio por los tribunales nacionales. La posición en *rango normativo* del Convenio Europeo o la Convención Americana varía en cada ordenamiento, la solución depende de una opción de las normas constitucionales. Ambos tratados tienen rango constitucional en algunos Estados o incluso supraconstitucional. Esta solución es frecuente en Iberoamérica, donde se llega a admitir

¹³ El método del cuestionario lo usan Gerards, Janneke y Fleuren, Joseps (eds.), *Implementation of the European Convention ...*, *op. cit.*, de la que tomamos algunas de las preguntas que nos formulamos.

expresamente la primacía de la CADH que le permite desplazar normas internas. Pero es rara en Europa donde es más habitual que posean simplemente una jerarquía superior a la ley. La supremacía material o de contenidos del Convenio, a la que lleva una interpretación conforme, no se traduce necesariamente en una supremacía formal sobre las normas constitucionales.

No obstante, las relaciones entre el sistema del Convenio y los ordenamientos nacionales son semejantes con independencia de su lugar en rango o jerarquía. Funcionan de la misma manera de cara a una *interpretación conforme* según imponen expresamente el artículo 16 de la Constitución portuguesa, el artículo 10.2 CE y muchas constituciones iberoamericanas. Pero sí puede haber diferencias, según el rango interno de la Convención, de cara a la *inaplicación* de la ley nacional que la contradice en un control de convencionalidad difuso según exige la Corte IDH. La inaplicación de la ley inconventional es un resultado inevitable si el Convenio o la Convención tienen más jerarquía que la Constitución, la misma, o, incluso infraconstitucional pero suprarlegal.

Ahora bien, las relaciones entre ordenamientos nacionales y convencionales no pueden seguir contemplándose en clave de jerarquía en el actual escenario de *pluralismo constitucional*. El Tribunal de Estrasburgo califica el CEDH como un "instrumento constitucional del orden público europeo". Una ordenación fundada en la jerarquía es un enfoque típico de la teoría escalonada del Derecho propia nada menos que del periodo de entreguerras. Un escenario obsoleto en el siglo XXI. Nos ocupamos de relaciones entre ordenamientos independientes, cuya validez no depende cada uno del otro, y no de meras ordenaciones entre fuentes del Derecho dentro de un ordenamiento.¹⁴ Ese es un frecuente error de perspectiva. La jerarquía no es siempre tan esencial.

¹⁴ Respecto de las ideas de pluralismo constitucional citamos a MacCormick, Neil, *Questioning sovereignty. Law, State and nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999,

La Convención Americana contiene un importante artículo 2º que determina el deber de los Estados de *adoptar cuantas disposiciones de Derecho interno* fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y las libertades. Una obligación que no se reconoce expresamente en el Convenio Europeo y, sin duda, potencia la eficacia de la CADH y las competencias de la Corte IDH al adoptar *medidas de reparación integral*.¹⁵ Las medidas generales que la Corte IDH establece implican el correlativo deber de adecuar el Derecho interno desde el propio texto constitucional hasta la última disposición administrativa. Los ordenamientos jurídicos internos deben asegurar los derechos convencionales y sus garantías: los estándares mínimos convencionales. Por encima de los mismos, eso sí los Estados tienen la libertad de asegurar mayores estándares y garantías, y desplazar a los convencionales con una *protección más intensa*.

Las *disposiciones normativas* tanto del CEDH como de la CADH tienen pues *efecto directo o aplicación directa*. Pueden, sin embargo, distinguirse los países donde su *recepción es automática* y simplemente se exige la publicación oficial (es la situación más general en Iberoamérica), de aquellos otros (más raros) donde se exige un acto normativo interno de recepción especial por ley (Reino Unido). Pero los tratados internacionales una vez incorporados son normas internas, lo que implica su obligatoriedad y aplicabilidad. Por todo ello, el CEDH o la CADH tienen eficacia directa: son Derecho interno para los Estados parte.

Las *sentencias* de la Corte IDH o del TEDH deben gozar de la misma *eficacia directa* que ambos Convenios. No hay razones para disociar su eficacia de la propia de las normas convencionales. Una legislación

y a Bustos Gisbert, Rafael, *La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2005.

¹⁵ Ferrer MacGregor, Eduardo y Pelayo Moller, Carlos María, "El deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Análisis del artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su impacto en el orden jurídico nacional", en Pérez Johnston, Raúl, Rodríguez Manzo, Graciela y Silva Díaz, Ricardo Antonio, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Porrúa/Escuela Libre de Derecho, Obra Jurídica Enciclopédica, en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario, 2012, pp. 53-99.

que regule su implementación puede ser aconsejable para revisar sentencias firmes, pero no es imprescindible (ver la ponencia de Landa y Arangüena).¹⁶ Eficacia directa y efecto útil deben reclamarse como características del sistema tanto en normas como en jurisprudencia. No existe fundamento normativo para otra cosa.

Sin embargo, las sentencias del TEDH tienen fuerza vinculante (*legally binding*) pero no son directamente ejecutivas (*self-executing*). Éste es el problema. La cuestión ha tenido una intensa evolución que no se refleja todavía en la literalidad de las disposiciones escritas del Convenio Europeo, y no es probable que se reforme a la vista de la situación europea y en especial en el Reino Unido.¹⁷ El texto ha sufrido una mutación y ya no es el mismo de 1950 sino otro distinto. Otro tanto ocurre con la Convención Americana. Conviene primero advertir que es mejor razonar fuera del marco tradicional en español entre sentencias "declarativas" y "constitutivas. Los argumentos deben partir directamente de las normas convencionales. El artículo 46.1 del CEDH reconoce la eficacia vinculante (*binding force*) de las sentencias para los Estados miembros sólo cuando "hayan sido partes". Se comprometen entonces a acatarlas como consecuencia del respeto a las obligaciones internacionales que emanan del Convenio. Algo semejante ocurre con las sentencias de la Corte IDH al constituir obligaciones de resultado, de modo que el fallo sea "definitivo e inapelable" (artículo 67), y se comprometan los Estados a cumplir las decisiones de la Corte en todo caso en que sean partes (artículo 68). Pero tampoco es ya sólo así. El Tribunal Europeo y la Corte IDH aplican sus precedentes con total indiferencia sobre los Estados demandados y extienden sus efectos a cualesquiera supuestos de hecho análogos. Pues es una misma la razón de decidir: la interpretación del derecho.

¹⁶ Arangüena Fanego, Coral y Landa Arroyo, César, "Mecanismos procesales para la ejecución de las sentencias", en García Roca, Javier y Carmona Cuenca, Encarna (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos?...*, op. cit., pp. 169-209.

¹⁷ Véase el estudio de García Roca, Javier, Dalla Vía, Alberto y García Vitoria, Ignacio, "El controvertido derecho al voto de los presos y los serios obstáculos a su desarrollo", en García Roca, Javier y Carmona Cuenca, Encarna (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos?...*, op. cit., pp. 405-449.

Pero las sentencias convencionales a veces no son *directamente aplicables*. "Vinculante" no siempre quiere decir "directamente aplicable". Su eficacia y cumplimiento reclama a menudo de otras *decisiones judiciales interpuestas* para poder ser aplicadas v.gr. para poder revisar una sentencia firme y readmitir a quien fue despedido de manera inválida, o para liberar a un preso, anular su condena y declarar su situación de libertad personal. Sin embargo, obligan a los poderes públicos internos a implementarlas y, en particular, a los tribunales desde una leal voluntad de cumplimiento. Los órganos judiciales internos son instrumentos de ejecución de ambos Convenios.

Así es ejemplar la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de la *Audiencia Nacional* española en un Auto (nº62/2013, de 25 de octubre) dictado en el célebre *Caso Parot*. Se recordó que "el CEDH es ley" e integra el ordenamiento jurídico y que "sujeción a la ley significa sujeción al Convenio". Advirtió la Sala que el antiguo debate sobre el valor declarativo de las sentencias del TEDH había quedado superado por la jurisprudencia y por el Protocolo 14 que reforzó la obligación de acatar ex artículo 46 del CEDH y de ejecutar las resoluciones. Con apreciable garantismo, se añadió que la falta de mecanismos legales de ejecución "no implica que la obligación internacional decaiga por inejecutabilidad". Concluyó que había *cosa interpretada* y extendió los efectos de la *sentencia del Río Prada contra España* (STEDH de 21 de octubre de 2013) a otros penados en la misma situación y comenzó a liberar algunos presos de ETA en análoga situación que la recurrente, al haberse aplicado a todos ellos una interpretación retroactiva de la ley penal por el Tribunal Supremo declarada contraria al Convenio. Éste es el modelo de cumplimiento.

En América Latina, las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH pueden (artículo 2 de la CADH) *ordenar a los Estados dejar sin efecto una sentencia* interna con autoridad de *cosa juzgada*, si es considerada la causa de una vulneración de derechos, por lo que el fallo carece de efectos desde el inicio. Así se determinó en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, de 26 de septiembre de 2006. En aplicación de dicha sentencia, la

Corte Suprema de Chile ordenó a la justicia militar el desarchivo del expediente y su envío a la Corte de Apelaciones de Talca, con lo que dejó sin efecto su propia sentencia que había transferido la competencia a la justicia militar, y la posterior sentencia que había determinado el sobreseimiento definitivo aplicando el decreto-ley de amnistía. Retomado el caso por la Corte de Rancagua, debió investigar los hechos, determinar el responsable del homicidio y condenarlo. Una sentencia de la Corte Suprema anuló su sentencia firme en aplicación de las medidas impuestas en una sentencia de la Corte IDH.

En Europa, venimos advirtiendo desde hace tiempo que debe introducirse un *recurso de revisión o reexamen* —su naturaleza es diversa pero semejante— frente a sentencias firmes como consecuencia de las decisiones de Estrasburgo, tal y como recomienda el Comité de Ministros en varias de sus resoluciones y han hecho ya la inmensa mayoría de los Estados (ver Arangüena). La presencia de un instrumento procesal específico es muy importante, pues las sentencias del TEDH no anulan directamente las sentencias nacionales, como sólo podría hacer en Europa un tribunal constitucional. Ésta es una diferencia importante. Finalmente, se ha optado en España en 2015 por adoptar el cauce de la revisión y aplicarlo en todo tipo de procedimientos ordinarios, no obstante, las reformas se han diversificado en varias leyes. Actualmente, se puede solicitar la revisión de una resolución judicial firme por quien hubiera sido demandante ante el TEDH cuando éste haya declarado que fue dictada en violación de alguno de los derechos del sistema del Convenio y, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo. Ésta parece ser una situación general en Europa.

A menudo, la implementación de una sentencia convencional puede asimismo reclamar una *modificación reglamentaria, legislativa o incluso una reforma constitucional*. De todas estas situaciones hay buenos ejemplos en los dos continentes. La vinculación a las sentencias del TEDH y de la Corte IDH se predica de todos los poderes públicos y no sólo de los

órganos judiciales. La jurisprudencia de la Corte IDH precisa la obligación de los Estados, a través de todos sus órganos y autoridades, de concretar el control de convencionalidad.¹⁸

Recordemos que la Corte Interamericana ha señalado que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos están sometidos al mismo, lo cual les obliga a velar por que los efectos de sus disposiciones no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto.¹⁹ Baste con recordar, para seguir avanzando, los siguientes ingredientes de ese *control de convencionalidad*. Todos los órganos de los Estados están obligados a velar para que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de disposiciones de Derecho interno, a tal fin, deben efectuar un control de convencionalidad de las normas. Deben realizarlo los jueces y los demás órganos estatales *ex officio*, además de otorgar a ese control

¹⁸ Cfr. Hitters, Juan Carlos, "El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana", en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 10, núm. 2, pp. 535-574.

¹⁹ La bibliografía sobre control de convencionalidad es amplísima. Entre ella se encuentra: Ferrer MacGregor, Eduardo, "El control judicial interno de convencionalidad", en Ferrer MacGregor, Eduardo, *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Fundap, 2012, pp. 211-243. El autor analiza los alcances del control de convencionalidad interno en los Estados partes y el diálogo entre la Corte IDH y los tribunales nacionales. Igualmente, Nogueira Alcalá, Humberto, "Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año XIX, 2013, pp. 511-553, en la que se analizan las obligaciones jurídicas de la CADH para los Estados partes y cómo tiene fundamento en ellas la obligación de desarrollar control de convencionalidad por los órganos de los Estados partes, así como el diálogo que éste genera entre la Corte IDH y los tribunales nacionales. También dos trabajos de Sagües, Néstor P., "El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales", en *La LEY 19/02/2009*, 1, Buenos Aires, un estudio de las obligaciones jurídicas que el control de convencionalidad genera y la interpretación que debe realizarse de los textos constitucionales conforme a la CADH, ejemplificando con la Constitución argentina; y del mismo autor, "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", en *Revista Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 1, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2010, pp. 117-136. Recientemente, Canosa Usera, Raúl, *El control de convencionalidad*, Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2015, plantea una armonización derivada de una interpretación conforme y un control de constitucionalidad "fuerte" a cargo del Tribunal Constitucional español. También puede verse Sáiz Arnáiz, Alejandro y Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México, UNAM/Porrúa, 2012. Asimismo, Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *El control de convencionalidad*, Bogotá, Temis, 2014. Carbonell, Miguel, *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, México, 2013; y Torres Zúñiga, Natalia, *El control de convencionalidad*, Lima, Editorial Academia Española, 2013.

un efecto útil que no sea anulado por la aplicación de leyes contrarias a su fin. Es preciso tener en consideración el tratado y la interpretación del mismo realizada por la Corte Interamericana que posee competencia como su intérprete final (artículo 62.3 de la CADH). El control se ejerce dentro de las respectivas competencias de cada órgano y según las regulaciones procesales vigentes, así como teniendo en cuenta no sólo la Convención sino el *corpus iuris* vinculante (artículo 29. d] de la CADH). Finalmente, es necesario que las interpretaciones, judiciales y administrativas, y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos por la Convención.

2.2. ¿Hasta qué punto el CEDH y la CADH crean derechos subjetivos? ¿Aprueban los parlamentos medidas legislativas para dotarles de eficacia general? ¿Pueden ordenarlas los tribunales?

Los derechos del CEDH y la CADH son auténticos *derechos subjetivos*, reconocen facultades jurídicas que permiten a sus titulares actuar libremente de la manera más conveniente para el libre desarrollo de su personalidad. No son una declaración de genéricos principios y bien intencionados deseos típicamente internacionales. Los dos sistemas permiten condenar a un Estado parte por violar los derechos de los sometidos a su jurisdicción. El derecho subjetivo de la persona nace del reconocimiento en la norma convencional y del interés jurídico protegido, ligado a su dignidad humana y a unos valores que son fundamento del ordenamiento nacional, tanto como de la obligación internacional de los Estados de respeto y garantía de los derechos, contrapartida del derecho subjetivo. También se asienta en el deber general de los Estados (artículo 2 de la CADH) de adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos esos derechos de acuerdo con las medidas de reparación que la Corte IDH puede dictar.

Debe resaltarse, sobre todo, el *derecho al amparo de los derechos* ante la respectiva Corte regional como ingrediente central en la construcción de

unos auténticos derechos subjetivos. *No right without a remedy*. Unos remedios jurisdiccionales directamente accionables a instancia de cada sujeto afectado o por sus familiares. El *direct acces* europeo posee morfología de amparo constitucional. No obstante, aquí existen conocidas diferencias en las dos regiones, pues mientras este derecho se ejerce por los justiciables directamente ante el TEDH desde la reforma del Protocolo 11, en el ámbito latinoamericano, pasa por el tamiz de la Comisión Interamericana. Una instancia prejudicial con competencia para lograr un acuerdo entre las partes enfrentadas antes de que la controversia llegue ante la Corte, así como para seleccionar los asuntos relevantes.

Las dos Convenciones regionales tienen, por otro lado, *cuerpo de tratado y alma de Constitución*. En el caso europeo, algunos de los derechos del CEDH vienen además protegidos por la *primacía del Derecho de la Unión* en virtud de su recepción en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Una situación que se ha caracterizado mediante la teoría de la *triple naturaleza* del Convenio Europeo.²⁰ Las dos primeras dimensiones pueden igualmente predicarse de la CADH, pero no la tercera.

Los derechos subjetivos convencionales —estimamos— tienen *naturaleza fundamental*, pues están tan ligados a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad como los derechos constitucionales, y son en esencia los mismos. La positivación de los derechos fundamentales no se hace sólo en nuestros días en las constituciones, puede también hacerse en el CEDH o la CADH y, con mayor claridad, en la CDFUE, que posee primacía sobre las normas constitucionales como todo el Derecho de la Unión. No es casual que expresamente se llamen allí "fundamentales", pese a no ser dicha Carta formalmente una Constitución. Esta

²⁰ García Roca, Javier, "El preámbulo contexto hermenéutico...", *op. cit.*, primera edición, 2004. Es clásico Drzemczewski, Andrew, "The sui generis nature of the European Convention on Human Rights", en *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 29, pp. 57-58. Sobre la posición, estática y dinámica, del CEDH puede leerse Montanari, Laura, *I diritti nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Turín, Giappichelli, 2012.

expresa calificación revela que la materia es típicamente constitucional, con carácter general y con independencia de las disposiciones formales que las acojan, y goza de una supremacía material y, en algunos lugares, formal.

En sentido contrario, algunos piensan que cláusulas constitucionales de apertura como el artículo 10.2 CE y otras análogas en Iberoamérica no permiten "crear" o adicionar derechos fundamentales sino solamente "interpretarlos". Así se ha razonado incluso por la propia jurisprudencia constitucional española (*vid* la *STC 105/2011*, de 29 de septiembre).

Pero esta distinción (crear/interpretar derechos) tiene algo de artificio o sofisma: una razón falsa con mera apariencia de verdad. Pues los derechos no surgen hasta su proceso de especificación en torno a hechos:²¹ interpretar y crear son fases de un mismo fenómeno que no pueden disociarse totalmente ante cláusulas convencionales muy abiertas, situaciones de hecho muy dispares y en permanente evolución mediante cambios culturales y tecnológicos. Esa no es una descripción adecuada del funcionamiento real de ambos sistemas sino un juicio académico apriorístico y errado. Las normas sobre derechos no pueden interpretarse literalmente y menos aún las presentes en ambos Convenios, pues se impediría una jurisprudencia *tout court*. Los derechos convencionales son también derechos fundamentales de las personas, e interrelacionan constantemente con los derechos reconocidos en las constituciones hasta resultar harto difícil disociarlos dentro de un *case law*.

A mayor abundamiento, ¿cuál es la diferencia entre un *derecho nuevo* y un *contenido nuevo de un derecho viejo* alcanzado mediante su exégesis?²² ¿Por dónde discurre esta delgada línea roja? ¿Ese supuesto dique frente

²¹ Arzo Santiesteban, Xavier, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, *op. cit.*

²² Sobre la génesis judicial de los derechos se alude a Rey Martínez, Fernando, "¿Cómo nacen los derechos?: posibilidades y límites de la creación judicial de derechos?", en García Roca, Javier y Fernández Sánchez, Pablo A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 327-352.

a una cláusula aditiva? Basta leer las jurisprudencias para hallar infinidad de contenidos de los derechos convencionales que no están expresamente determinados en las constituciones nacionales o sólo se contemplan de forma inmanente e indirecta. Así, p. ej., el Tribunal Constitucional español tuvo que modificar su jurisprudencia y encontrar un anclaje constitucional al derecho a la defensa frente a *contaminaciones acústicas*, a caballo de varias normas constitucionales y en realidad de ninguna, para incorporar esta nueva garantía que el TEDH incluye dentro de la amplísima cláusula del derecho a la "vida privada y familiar", que no coincide en sus contornos con la idea constitucional de intimidad, más reducida.

La perspectiva es diferente en América Latina, porque la inmensa mayoría de las constituciones tiene una *cláusula de derechos implícitos* o no enumerados y, en las pocas constituciones que no la tienen, entra por vía del artículo 29, literal c) de la CADH. En el caso chileno y colombiano, sus cortes constitucionales han reconocido el *derecho a la identidad*. El Tribunal Constitucional chileno ha asegurado también el derecho a la *información* y el derecho a la *tutela judicial efectiva*, por señalar ejemplos de derechos no asegurados explícitamente por los textos constitucionales. ¿Es esto una interpretación o una creación de un nuevo derecho ex artículo 10.2 CE o ex artículo 5º, inciso 2º, de la Constitución chilena?

Por consiguiente, adviértase que las normas convencionales y sus exégesis contribuyen a *actualizar constantemente* las normas constitucionales. Ésta es una de sus más relevantes funciones. Las declaraciones constitucionales contienen un *numerus apertus* a estos Convenios en un sentido análogo al que recoge el artículo 29.c] de la CADH. La vieja polémica de los padres constituyentes estadounidenses adquiere hoy una nueva dimensión internacional. Las jurisprudencias europea e iberoamericana mantienen al día y actualizan los catálogos constitucionales de derechos mediante la inclusión de derechos implícitos o no enumerados.

Ha habido en los países europeos y latinoamericanos numerosas *reformas legislativas* impulsadas por las sentencias del TEDH y la Corte IDH,

pues así lo impone la obligación internacional de respetar y garantizar los derechos convencionales. Este dato normativo confirma la *vinculación del legislador* nacional a los derechos fundamentales de ambas Convenciones. Asimismo, el legislador nacional no puede violar el *contenido esencial* de los derechos convencionales. La vinculación de los legisladores nacionales a los derechos convencionales y la obligación de respeto a su contenido esencial evidencian la naturaleza fundamental de esos derechos.

Mencionaremos tres ejemplos en el caso español. La creación de juzgados de lo penal separados de los de instrucción, frente a la tradición, para asegurarse de la imparcialidad objetiva del juzgador. La reforma de la LOTC para dar audiencia a las partes en el proceso constitucional iniciado por una cuestión de inconstitucionalidad frente a una ley singular y salvaguardar el principio de igualdad de armas en el proceso. La modificación por una norma reglamentaria del régimen de la seguridad social para permitir el acceso de pastores protestantes de la iglesia evangelista y evitar discriminaciones con la Iglesia Católica.

En el caso chileno, tras la sentencia de la *Corte IDH, Olmedo, Bustos y otros contra Chile, de 2 de febrero de 2001*, en el Caso de "La última tentación de Cristo", se debió modificar el artículo 19.12, inciso final, de la Constitución que posibilitaba la censura cinematográfica para adultos y la legislación al respecto, y asimismo se incluyó, en el apartado 25, un nuevo derecho, la libertad de crear y difundir las artes. Es notorio que la nulidad de las leyes de autoamnistía en casos de crímenes de lesa humanidad ha significado reformas legislativas en diversos países de América Latina y, en otros, la inaplicabilidad judicial de tal legislación. Las muestras son numerosas en los dos continentes.

Tampoco cabe dudar de que los tribunales constitucionales y otros órganos judiciales supremos tengan facultades para dictar una *sentencia de recomendación legislativa* con el fin de coadyuvar a implementar una sentencia convencional. En España, el conocido *Caso Fuentes Bobo* (STC

197/2006, de 3 de julio) evidenció la necesidad de que el legislador modificara el recurso extraordinario de revisión de sentencias firmes ante la jurisdicción laboral —que sin embargo ha tardado una década en introducirse—, para que las sentencias de Estrasburgo operen como un documento en el que se expresen hechos nuevos a efectos de revisión de sentencias firmes. Nos parece que puede leerse como una sentencia de recomendación legislativa implícita.

Con mayor claridad, el *Tribunal Constitucional de Chile, Caso Eichin, de 6 de mayo de 2014*, reconoció el carácter de intérprete auténtico de la Convención a la Corte IDH, y determinó que la justicia militar carece de jurisdicción sobre intervinientes civiles y sólo puede investigar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense, y que el ordenamiento jurídico debe adecuarse a los estándares internacionales. Tal perspectiva fue complementada por la sentencia del *Tribunal Constitucional 2492-13 de 2014*, que exhortó al legislador a aprobar una ley y recordó que, a ocho años de la sentencia de la Corte IDH que condenó al Estado de Chile, aún no se habían realizado los cambios necesarios. El caso ilustra que la implementación de la jurisprudencia convencional por los legisladores suele hacerse con distintos ritmos y diligencias y reclama un trabajo judicial en red.

Otro problema muy ligado es que se siguen disociando en exceso los *controles de constitucionalidad* —la sanción de las omisiones legislativas— y *de convencionalidad* en vez de superarse sus delgadas fronteras mediante intersecciones y la oportuna previsión de normas de procedimiento adecuadas. Pero su compleja fusión, como previsible escenario en un futuro mediato, la plena europeización y americanización de las jurisdicciones constitucionales, no puede ser abordada aquí por su complejidad.

2.3. ¿Se ha producido la inaplicación de la legislación nacional?

No tenemos constancia de supuestos de inaplicación de la ley en España derivados del sistema del Convenio. No es una situación frecuente.

¿Sería posible? En muchos países europeos, no se reconoce expresamente la *primacía* del CEDH, según ocurre para las normas de la Unión, y a diferencia del *principio de preferencia* que se establece para los tratados sobre derechos en la Constitución de Brasil y en otros países latinoamericanos. Pero podría hacerse.

Desde luego, *lege lata*, si el Convenio en cuanto tratado tiene rango constitucional, o superior, o incluso infraconstitucional pero supralegal, el órgano judicial nacional debería aplicar el tratado con preferencia a la ley en supuestos de antinomias o contradicciones normativas. La Ley española 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales, resuelve la incógnita en este mismo sentido (artículo 31) recogiendo expresamente la prevalencia de los tratados frente a las leyes. Un principio que Canosa Usera considera inmanente y, en consecuencia, extrapolable a otros países.²³

En efecto, en Derecho comparado, la inaplicación judicial del Derecho nacional no puede negarse. Así ocurre claramente en los países europeos donde el CEDH tiene rango de constitución de hecho o de derecho.²⁴ En Holanda (artículos 91, 93 y 94 de la Ley Fundamental), se reconoce la prevalencia del Derecho internacional sobre el Derecho interno al tratarse de un verdadero sistema monista; en el último de esos preceptos, se establece que las normas legales no pueden aplicarse si están en conflicto con las previsiones de los tratados internacionales por su carácter vinculante. Esta cláusula obliga al control de convencionalidad. En Austria, se ha reconocido —de hecho— carácter constitucional al CEDH y los conflictos entre la Constitución y el CEDH se gobiernan

²³ Canoa Usera, Raúl, *El control de convencionalidad*, Navarra, Civitas/Thomson Reuters, 2015, pp. 92 y ss.

²⁴ Martinico, Giuseppe, "Two words (Still) Apart? ECHR and EU law before national judges", en Kosta, Vasiliki, Skoutaris, Nikos y Tzevelekos, Vassilis (eds.), *The EU Accession to the ECHR*, Oxford, Hart Publisher. Pueden consultarse *in extenso* dos libros conjuntos: Martinico, Giuseppe y Pollicino, Oreste, *The national judicial treatment of the ECHR and EU Laws*, Amsterdam, Europa Law Publishing, 2010; y Martinico, Giuseppe, *The interaction between Europe's legal system. Judicial dialogue and the creation of supranational laws*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2012.

por el principio "*lex posterior derogat legi priori*".²⁵ En Bélgica, algunos académicos consideran los dos Derechos europeos como superiores al nacional. En Luxemburgo, los tribunales confirman el carácter directamente aplicable (*self-executing*) de las normas del Convenio.²⁶ En los países escandinavos, se prevé el CEDH como *lex superior* en la práctica judicial, pese a las escasas bases normativas para ello. Algo ha ido cambiando, pues, en muchos ordenamientos europeos incluso basándose en previsiones constitucionales que no son muy explícitas. Pero no en todos.

En el ámbito interamericano, las constituciones de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México, Venezuela, otorgan rango y fuerza constitucional a los tratados de derechos humanos.²⁷ Se habla incluso de un *bloque de constitucionalidad* o bloque constitucional de derecho.²⁸ La jerarquía constitucional de la Convención Americana se reconoce frecuentemente en las Constituciones latinoamericanas (Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Venezuela, etc.). Incluso se ha defendido, desde la perspectiva doctrinal, la interesante idea de una "constitución

²⁵ Keller, Helen y Stone Sweet, Alec, *A Europe of Rights...*, *op. cit.*

²⁶ Cfr. Martinico, Giuseppe, "Two words (Still) Apart?...", *op. cit.*

²⁷ Nos referimos a las cláusulas constitucionales de apertura o aproximación amistosa al Derecho internacional sobre derechos en Latinoamérica, de las que hemos hecho una síntesis en García Roca, Javier, Nogueira Alcalá, Humberto y Bustos Gisbert, Rafael, "La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo", *op. cit.*

²⁸ Respecto de la idea de bloque de la constitucionalidad/convencionalidad, Manili, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad. La aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en el ámbito interno*, Argentina, Astrea, 2017; Nogueira Alcalá, Humberto, "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y jurisprudencia", en *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, año 13, núm. 2, 2015, pp. 301-350. Olano García, Hernán Alejandro, "El bloque de constitucionalidad en Colombia", en *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 3, núm. 1, 2005, pp. 231-242; Ramelli, Alejandro, "Sistema de fuentes del derecho internacional público y 'bloque de constitucionalidad' en Colombia", en *Revista Cuestiones Constitucionales*, núm. 11, julio-diciembre 2004; Rey Cantor, Ernesto, "El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos", en *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, año 4, núm. 2, 2006, pp. 299-334; Uprimny Yepes, Rodrigo, "El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", en *Ius Inkarri*, núm. 3, 2014, pp. 115-148; Vergara Cortés, Rodrigo, "El bloque de constitucionalidad", en *Estudios de Derecho*, año LXII, Segunda Época, vol. 59, núm. 133-134, diciembre de 2000, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Queralt Jiménez, Argelia, "El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿Dos caras de una misma moneda?", en García Roca, Javier y Carmona Cuenca, Encarna, *¿Hacia una globalización de los derechos?...*, *op. cit.*, pp. 133-168.

convencionalizada".²⁹ En Chile, el artículo 5° de la Constitución, inciso 2°, determina la limitación del ejercicio de la soberanía por los derechos esenciales garantizados por la Constitución y por los tratados ratificados. En Brasil, ya hemos dicho que se reconoce la prevalencia de los tratados sobre derechos humanos (art. 5°). También se han introducido en la región *cláusulas interpretativas* que reconocen principios —como la progresividad, y el *favor homine* o *favor persona*— que están reconocidos en el artículo 29 b) de la CADH y en diversas constituciones en forma expresa, entre ellas, México y Venezuela. El escenario latinoamericano para la inaplicación judicial parece tener mayores bases normativas que el europeo. Pero no por ello deja de ser una decisión menos arriesgada y la prudencia en los comportamientos judiciales parece aconsejable.

En la realidad, las *contradicciones normativas* no son frecuentes en Europa y suele bastar con acomodar la ley nacional mediante una interpretación judicial conforme que tenga un alcance corrector de algunas aristas lesivas de derechos. No resta un gran espacio para la inaplicación judicial. La situación parece diversa con el Derecho de la Unión, mucho más reglamentista y con un escaso margen para la acomodación de la ley nacional por vía exegética, y donde sí se producen inaplicaciones por ejemplo en materia tributaria. Pero las normas y la jurisprudencia convencional europea sobre derechos son mucho más elásticas o dúctiles y esto hace casi siempre posible una interpretación correctora.

2.4 ¿Se realiza una interpretación conforme al CEDH y la CADH?

Es el escenario habitual en ambos continentes. En España se hace frecuentemente por el Tribunal Constitucional (según ha estudiado Queralt)³⁰ y

²⁹ Sagües, Néstor P., "El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales", *op. cit.* Sobre este término recientemente se publicó el libro Ferrer Mac-Gregor Eduardo, Caballero Ochoa, José Luis y Figueroa Mejía Giovanni A. (coords.), *La Constitución convencionalizada. A 40 años del Pacto de San José*, México, Tirant Lo Blanch, 2021.

³⁰ Queralt Jiménez, A., *El tribunal de Estrasburgo...*, *op. cit.*; Id, *La interpretación de los derechos...*, *op. cit.*; e Id, "El alcance del efecto...", *op. cit.*

por los tribunales ordinarios y lo mismo en otros países europeos. Es una situación creciente. El juicio de convencionalidad suele agotarse en una interpretación doblemente conforme a la Constitución y al CEDH: una interpretación constitucional *secundum Conventionem*. Nos preguntamos si no podría bastar también en Iberoamérica. Una interpretación correctora "hasta donde sea posible" podría a menudo ser suficiente como mecanismo de control de convencionalidad. Así la *Human Rights Act*, que incorporó el Convenio al Reino Unido en 1998, impuso la necesidad de interpretar las leyes y los reglamentos de conformidad con el Convenio, "*so far as it is possible*". Una obligación de leer sus preceptos y darles eficacia de una manera compatible con los derechos convencionales (artículo 3). Este mandato legal está en la naturaleza de las cosas. Pero el alcance de una interpretación conforme debe detenerse allí donde la literalidad del precepto legal lo impide. No resta entonces otra salida que la inaplicación judicial en los supuestos de insalvable contradicción. Más debe ser una última posibilidad tras intentarse una interpretación conforme.

En el ámbito interamericano, existe la obligatoriedad, en virtud del control de convencionalidad, de desaplicar el derecho interno (leyes, reglamentos) y aplicar preferentemente el *corpus iuris* interamericano y no sólo la CADH, como ha señalado la Corte IDH, con base en el artículo 29.d] de la CADH, si la norma interna está bajo el estándar interamericano y así lo determina la Corte IDH en sus sentencias a través de las medidas de reparación integral.

La sentencia de la *Corte Suprema chilena*, n° 9031-2013, de 9 de noviembre de 2013, reconoció que el control de convencionalidad constituye una obligación consustancial al ejercicio de la jurisdicción por todos los tribunales, especialmente, sus instancias superiores; la consecuencia es la obligación de observar los derechos previstos en la Constitución, los tratados internacionales, el Derecho internacional consuetudinario y el *ius cogens*, y dar aplicación directa a sus disposiciones, además de que se profundiza en sus contenidos mediante una interpretación adecuada.

2.5. ¿Se usa el Derecho de la Unión como vehículo para revisar la compatibilidad de la ley nacional con el CEDH?

En Europa existen dos Derechos: el de la Unión Europea, en el que se engasta el Tribunal de Justicia (TJ), y el del Consejo de Europa, donde se ubica el TEDH. ¿Están los órganos judiciales aplicándolos de la misma manera? No parece que sea posible.

El *Tribunal Constitucional español*, *Caso Melloni*, *STC 26/2014*, de 13 de febrero depuso en conexión el Derecho de la Unión con la jurisprudencia del TEDH creando una pasarela, y otro tanto han hecho otros tribunales como la Corte Constitucional italiana. Ahora bien, la respuesta del TJ fue establecer límites, con prudencia, a los automatismos en las pasarelas entre ambos sistemas europeos,³¹ oponiéndose a tratarlos de igual manera.

El *Tribunal de Justicia de la Unión*, *Caso Akberg Fransson* (TJ, C-617/10), confirmó que los efectos del Convenio Europeo y sus relaciones con los ordenamientos de los Estados no están regidos por el Derecho de la Unión, o lo que es lo mismo, los conflictos entre los derechos allí garantizados y los reconocidos en las normas nacionales. Algo que ya se había dicho en el *Caso Kamberaj* (TJ, C-571/10) a instancias de un tribunal de Bolzano. El juez nacional no puede pues invocar el artículo 6.3 del Tratado de la Unión, que reconoce al CEDH formar parte del Derecho de la Unión como principios generales, para aplicar el Convenio Europeo directamente y dejar de aplicar el Derecho del Estado en caso de un conflicto normativo. Mucho no tememos —como señala Martinico— que la solución no es tan sencilla, que los principios tienen una eficacia informadora y más sutil, y que el escenario es más complejo a como el TJ lo simplifica y advierte.³²

³¹ Martinico, Giuseppe, "Two words (Still) Apart?...", *op. cit.*; Martinico, Giuseppe y Pollicino, Oreste, *The national judicial treatment...*, *op. cit.*; y Martinico, Giuseppe, *The interaction between Europe's legal system...*, *op. cit.*

³² *Idem.*

El episodio más censurable es el pronunciamiento del TJ respecto del *proyecto de adhesión de la Unión al CEDH* en el *Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre*. Una decisión muy formalista que abre un compás de espera al pedir que se corrijan algunas —supuestas— insuficiencias de dicho proyecto. La adhesión de la Unión al Convenio está detenida tras este veto judicial que complica sobremanera las relaciones entre ambos ordenamientos europeos sobre derechos sin aportar soluciones. Parece que debemos seguir por el momento en una vía binaria de integración como criticamos hace tiempo.³³

No obstante, el Derecho de la Unión asume muchas de las garantías derivadas de la jurisprudencia del TEDH al codificarlas en su legislación que sirve de vehículo para su posterior transposición en los ordenamientos nacionales.

La situación del CEDH del Consejo de Europa no es pues la misma que la del *Derecho de la Unión* donde se reconoce expresamente su primacía sobre el Derecho interno incluso de rango constitucional. Pese a cuanto precede, algunos jueces nacionales tienden a intentar pasarelas o carambolas y a reconducir el Convenio al segundo escenario para impedir indefensiones o violaciones de derechos. No creemos que pueda reprocharse esta actitud garantista y desprovista de rigorismos.

2.6. ¿Cuál es el impacto de las sentencias supranacionales en el proceso de decisión judicial en cada país?

¿Se refieren los tribunales nacionales a las sentencias de ambos sistemas? ¿Cumplen las sentencias en que el Estado ha sido parte? ¿Y cuándo no lo ha sido? ¿Tratan de adaptar su jurisprudencia? El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo o la Audiencia Nacional españoles se

³³ García Roca, Javier y Fernández Sánchez, Pablo A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales...*, *op. cit.*

refieren con habitualidad a las sentencias europeas. Ha costado persuadirles de esta obligación, derivada de una cláusula constitucional como es el artículo 9.2 de la CE y de las obligaciones internacionales expuestas, pero son de tiempo en tiempo más frecuentes las referencias a la jurisprudencia europea.

Tampoco parece que en España se hayan diferenciado las dos situaciones que hemos desaconsejado disociar: cuando el Estado es parte demandada o simplemente es un Estado miembro de un sistema colectivo. Las sentencias europeas se han cumplido razonablemente, preferentemente las primeras, sin grandes resistencias, y las jurisprudencias se han ido acomodando mediante interconexiones.

En el ámbito interamericano, cada vez hay más países que asumen las medidas de reparación integral que determina la Corte IDH en sus sentencias. Así ocurre en materias como son: el reconocimiento de responsabilidad en actos públicos desarrollados por autoridades judiciales, gubernativas y administrativas; los pagos de reparaciones económicas; o la obligación de dejar sin efecto sentencias judiciales lesivas de derechos. Existe mayor lentitud por parte del legislador a la hora de retirar del ordenamiento aquellas leyes consideradas contrarias a los estándares convencionales. Por el contrario, los órganos judiciales, constitucionales y superiores, suelen ser más diligentes al adecuar sus criterios a los estándares fijados por la Corte IDH y cumplir sus fallos. La red judicial de diálogo parece más diligente que la cooperación legislativa.

Hay otros países —pocos— que han mostrado *resistencias al cumplimiento* de las sentencias de la Corte IDH. Así Perú durante el gobierno autoritario de Fujimori —quien intentó desconocer la jurisdicción de la Corte IDH—, pero el nuevo Gobierno pronto restableció la normalidad. También en la República Dominicana, tras la sentencia de las personas de ascendencia haitiana, el *Tribunal Constitucional*, en 2014 y por mayoría de votos, declaró inconstitucional el instrumento de aceptación de la competencia de la Corte IDH depositado en la OEA en 1999, nada

menos que 15 años antes y en los que había estado vigente la aceptación de esa competencia.

Finalmente, deben recordarse las violaciones de derechos bajo los gobiernos autoritarios (*illiberal democracies*) de los Presidentes Chávez y Maduro, hasta que finalmente Venezuela denunció el convenio y se salió del sistema interamericano.³⁴ Baste con remarcar aquí que democracia constitucional y Estado de derecho son condiciones previas para la efectividad de los derechos convencionales, a veces la solución llega con la alternancia en el gobierno.

2.7. ¿Cómo se plantean los órganos estatales el margen de apreciación nacional?

No nos consta que ni el legislador español ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal Supremo hayan recurrido a la doctrina del margen en la implementación de las sentencias ni que hayan argumentado los derechos de manera sensiblemente diferente al TEDH. La técnica no parece haber dado mucho juego en España a diferencia de en Rusia o en el Reino Unido. Algún sector doctrinal ha vindicado la doctrina del margen para justificar que los jueces concedan una mayor protección nacional frente al mínimo estándar convencional, con lo que impidan el retroceso (*backsliding*).³⁵ Pero para lograr este resultado hermenéutico no hace falta hablar de margen sino de preferencia por la *protección más intensa*, una cláusula que permite desplazar la protección internacional. En otras palabras, el mismo postulado *pro homine* o *favor persona* que se encuentra en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y asume el artículo 29. b) de la CADH.

³⁴ Estos supuestos de incumplimiento frontal son estudiados por Ayala Corao, Carlos y Canosa Usera, Raúl, "El incumplimiento de las sentencias internacionales: problemas políticos y jurídicos", en García Roca, Javier y Carmona Cuenca, Encarna (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos?...*, *op. cit.*, pp. 269-312.

³⁵ Se expone las tesis de Rodríguez, Ángel, "La mayor protección interna de los derechos del CEDH y el impacto del margen de apreciación nacional", en *Revista de Derecho Político*, núm. 93, 2015, pp. 75-102, sobre la prohibición de retroceso o *backsliding*.

Bien es cierto que hay algunos derechos que se comprenden con diferencias en Europa y los Estados. Así la distinción entre imparcialidad subjetiva y objetiva del juzgador no se interpreta exactamente del mismo modo en Madrid y en Estrasburgo.³⁶ Pero este escenario es razonable y no genera disfunciones. Caben exégesis algo diferentes, pero equivalentes, y en ningún caso en contradicción e incompatibles. *Exégesis equivalentes* son perfectamente posibles en un sistema colectivo.

Es diferente lo ocurrido en el Reino Unido con las resistencias a la recepción del *Caso Hirst* sobre los derechos políticos de los presos, que dieron lugar a la cumbre de Bristol, y a una discutible decisión de un *Joint Selected Committee* que recomendó reconocer el derecho de sufragio a presos privados de libertad por un tiempo reducido en vez de anudar el reconocimiento al tipo de delito como —parece— quería el TEDH en dicha sentencia.³⁷ De todas maneras, esta recomendación sigue sin ejecutarse mediante la aprobación de una ley. Un margen de apreciación no puede ser lo mismo que un frontal incumplimiento de sentencia o un incumplimiento indebido o aparente.

La protesta inglesa —y de otros países— llevó a la aprobación del *Protocolo 15* que vindica el margen de apreciación nacional y sugiere su incorporación al preámbulo de Convenio. Pero como ese Protocolo no nos dice cómo ha de aplicarse la herramienta ni cuándo —en qué casos o derechos— ni siguiendo qué criterios, la vindicación tiene mucho de retórica diplomática, en otras palabras, añade poco al enjuiciamiento.

El nuevo *Protocolo* realmente importante es el n° 16 que introduce una *opinión consultiva o cuestión de convencionalidad*; previsiblemente serán

³⁶ Sobre el derecho al Juez imparcial y su distinto y matizado entendimiento en Estrasburgo y Madrid se cita el libro de Jiménez Asensio, Rafael, *Imparcialidad judicial y derecho al Juez imparcial*, Navarra, Aranzadi/Thomson, 2002; y el trabajo de García Roca, Javier y Vidal Zapatero, José Miguel, "El derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1 CEDH): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la justicia", en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 287-323.

³⁷ Consultar el estudio de García Roca, Javier, Dalla Via, Alberto y García Vitoria, Ignacio, "El controvertido derecho al voto de los presos y los serios obstáculos a su desarrollo", *op. cit.*

los juzgadores en un diálogo concreto, revisando hechos, y a través de esta vía procesal, los que adviertan las diferencias nacionales en las especificaciones de los derechos y traten de llevar sus sensibilidades a Estrasburgo.

En Iberoamérica, la técnica europea del margen no ha sido asumida por la Corte Interamericana y no se encuentra expresamente recogida en norma convencional alguna (recordemos que, por el momento, tampoco en Europa donde emana del principio de subsidiariedad). Parece tenerse en cuenta que son menores las diferencias culturales, históricas y lingüísticas entre Repúblicas hermanas que fueron parte de espacios mayores tanto en la América precolombina como durante la colonia. Se teme, sobre todo, que el margen de apreciación nacional sea usado por los Estados para aminorar la eficacia vinculante de la doctrina de las sentencias de la Corte IDH.

Sin embargo, hay algunos sectores doctrinales³⁸ y algunos tribunales nacionales que vindican esta técnica, como la posición de la Corte Suprema en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*.

Cabe pensar que la *Corte IDH en el Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, de 6 de agosto de 2008*, y sin mencionar el *nomen iuris* "margen de apreciación", impidió la existencia de un modelo único electoral latinoamericano, al entender que cada Estado tiene un margen conforme al cual deben respetarse los derechos políticos consagrados en el artículo 23 de la CADH. Asimismo, en el *Caso Yatama vs. Nicaragua, de 23 de junio de 2005*, se utilizó un criterio flexible semejante, para asegurar con realismo las condiciones de los pueblos indígenas y reconocer su derecho a presentar candidaturas con formas tradicionales y al margen de los partidos políticos. Pero que no deba imponerse un mismo sistema

³⁸ Sobre el trasplante de la herramienta a Latinoamérica, que no recomendamos, y menos aún con automatismo, puede verse Acosta Alvarado, Paola Andrea y Núñez Poblete, Manuel (coords.), *El margen nacional de apreciación en el sistema interamericano: proyecciones nacionales y regionales*, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

electoral en toda la región, con respeto a la libertad de configuración normativa de cada legislador, no es exactamente lo mismo que la técnica europea del margen de apreciación.³⁹ De hecho, la Corte IDH en muy pocas oportunidades ha usado esa denominación. Una de ellas fue el *Caso Herrera Ulloa con Costa Rica, de 12 de julio de 2004*, en relación con la utilización del recurso ordinario eficaz contra sentencias (art. 8.2 de la CADH) donde se sostuvo que, si bien los Estados tienen "un margen nacional de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones ni requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir el fallo" (§161). Como suele ser habitual también en el TEDH se menciona el margen, como cláusula de estilo, pero no se aclara su sentido. Es relevante el Voto Particular del Juez Ferrer Mac-Gregor en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 26 de noviembre de 2010*, quien vindica un margen de los jueces nacionales para interpretar el corpus iuris interamericano.

Quizás Iberoamérica debería avanzar en integración a través de derechos hacia una unión más estrecha de la región, y permitir un espacio de discrecionalidad de los Estados, más que en las exégesis de los derechos, en el cumplimiento de las sentencias tanto en las medidas generales como en las individuales.

2.8. ¿Aplican los tribunales nacionales categorías como obligaciones positivas, medida necesaria, y otros estándares convencionales y criterios interpretativos?

Estas preguntas pueden recibir respuestas moderadamente afirmativas, si bien la solución es muy diversa en cada país y es casi imposible de medir como de no construir un tratado. Los estándares europeos se van incorporando a las jurisprudencias nacionales, si bien resta mucho por hacer. La doctrina científica ha reconocido que existe una teoría europea

³⁹ Cfr. García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2010.

de los derechos creada en Estrasburgo, pese a que no se haya elaborado suficientemente. La *Comisión de Venecia del Consejo de Europa* en su *Report on the Implementation of International Human Right Treaties in domestic law and the role of courts*, de 8 de diciembre de 2014, ha admitido el papel central de los órganos judiciales en la protección de los derechos convencionales, estimulándoles a actuar bien bajo la presunción de que el legislador pretende implementar estos tratados, bien inaplicando las leyes nacionales para favorecer la regulación que ofrezca una protección más intensa (par. 113).

Debe, sobre todo, hacerse un esfuerzo en divulgarse entre las administraciones, parlamentos y órganos judiciales. Es menester adaptar la docencia de los derechos en las titulaciones universitarias e integrar la jurisprudencia europea e interamericana con la propia de cada país y exponerlas simultáneamente sin disociarlas. Los poderes públicos deben ocuparse de que estas jurisprudencias sean parte esencial de la formación de los jueces en sus procesos de selección y de formación permanente. El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en Madrid ha suscrito un convenio con el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo General de la Abogacía para realizar cursos de formación para jueces y abogados sobre el Convenio Europeo. Es una línea de actuación que podría generalizarse en otros países. Al igual que la redacción de protocolos de actuación como se ha hecho en México. También el Informe de Lord Woolf sobre los métodos de trabajo del TEDH sugería que se divulgara la cultura de Estrasburgo entre los abogados. Todo este tipo actuaciones, una suerte de garantías institucionales, pueden ser eficaces.

Es, a estos efectos, decisivo el papel de los tribunales constitucionales y otras altas cortes como "mediadores".⁴⁰ Nos parece la herramienta central para la incorporación del acervo convencional. Los jueces ordinarios, sobrecargados de asuntos, apenas pueden hacer el esfuerzo de estar

⁴⁰ La idea de los tribunales constitucionales como "mediadores" ante el sistema europeo en Vobkhule, Andreas, "Multilevel cooperation of the European ...", *op. cit.*

al día en la jurisprudencia. Debe ser labor de los vértices de los poderes judiciales de cada país divulgar claros estándares y recomendaciones en sus sentencias. Esta mediación dista de ser autoritaria, porque no impide el acceso directo de los jueces de cualquier nivel a su particular exégesis de la jurisprudencia de ambas Cortes.

2.9. ¿Se discute la legitimidad del TEDH y de la Corte IDH?

En ningún país pueden descartarse las críticas en casos sensibles para las opiniones públicas. Recordemos el fuerte conflicto generado en España por el ya mencionado *Caso Parot* y los condenados por delitos de terrorismo conexos a ETA.⁴¹ La liberación de los presos tuvo un muy fuerte impacto en los medios de comunicación, lo que produjo críticas personales exacerbadas al Magistrado español en el TEDH, López Guerra, al que se acusaba de promover una decisión contra su país. En este episodio nacional, algunos medios y ciertos políticos rechazaron con dureza la legitimidad del TEDH. Pero el Gobierno acató la doctrina y asumió los reproches que recibió. Ejemplar fue el pronto y respetuoso acatamiento de la Audiencia Nacional, ya reseñado, y su aceptación por la mayor parte de la academia. En Santo Domingo, sobrevinieron críticas acerbas en otro episodio semejante a raíz de la *sentencia de 28 de agosto de 2014 de la Corte Interamericana* respecto de la expulsión de personas de ascendencia haitiana de la República Dominicana. Pueden igualmente recordarse las duras críticas a Estrasburgo en la prensa británica más nacionalista, a veces ligadas al llamado *Brexit*, tras el *Caso Hirst*, que fueron consideradas injustas por el propio presidente inglés del TEDH, Sir Bratza. No son pues extrañas las críticas en ambos sistemas sobre la legitimidad de las decisiones controvertidas ante las opiniones públicas. Conviene aceptar

⁴¹ Varios estudios, *in extenso*, sobre el fuerte impacto de la "doctrina Parot" en la buena obra colectiva Pérez Manzano, Mercedes y Lascuráin, Juan Antonio (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Madrid, Marcial Pons, 2016, en especial los de Huerta Tocildo, Susana y Queralt Jiménez, Argelia.

estos episodios como inevitables costes colaterales. Un precio que debe pagarse por garantizar los derechos antes de volver al equilibrio propio de una protección colectiva. No obstante, tales enfrentamientos ilustran que las dos Cortes internacionales no deben perder de vista el consentimiento de los Estados que funda ambos sistemas y lo mantiene vivo. Pero, cuando se trata de garantizar derechos de las personas, este fundamento no justifica la impunidad, tan sólo una diplomática *comity* o deferencia. Una jurisdicción no puede renunciar a juzgar. Pero debe encontrar las palabras adecuadas, momentos para los pronunciamientos y, en especial, ritmos de cumplimiento y reparación.

Quizás esta indicación del *tempo* adecuado en la ejecución de las sentencias debe ser analizada en particular. En el *Caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica, de 28 de noviembre de 2012*, la Corte IDH exigió el cese de la prohibición de la fecundación *in vitro* y, con buen criterio, entendió la reproducción asistida como un derecho de las personas y una obligación de los Estados. Hasta aquí muy correcto. Pero luego impuso a Costa Rica que el acceso a los tratamientos contra la infertilidad estuvieran cubiertos por el seguro social. ¿Es ésta una medida positiva de reparación o una indicación excesiva en la forma de cumplimiento? Un *tempo* más *andante* y menos *allegro* acaso sea conveniente, pues cualquier seguridad social y su caja tienen unos equilibrios presupuestarios muy sutiles y diversos en cada ordenamiento. Los Estados necesitan un margen de cumplimiento de las decisiones de una jurisdicción internacional. Es preciso ser prudentes. La *sentencia de supervisión de 28 de febrero de 2016* ilustra las dificultades de este escenario.

2.10. ¿Este criticismo ha dado lugar a interpretaciones judiciales restrictivas?

Vuelve a ser harto compleja de medir la reacción, pero mencionaremos un ejemplo de trabajo en red para visualizar el fenómeno. El *Tribunal Supremo de España* interpretó crítica y restrictivamente la jurisprudencia del TEDH a la hora de implementarla y un *Voto Particular de la Sala de lo*

Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional se lo reprochó (SAN 16 octubre de 2012). Una parte de la Audiencia fue pues más europeísta que el Tribunal Supremo. El objeto del asunto versaba sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva, se trataba de un debate sobre la inexistencia del hecho. El supuesto ilustra que las jurisprudencias supranacionales pueden ser usadas por las cortes inferiores para discutir la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional. Al tiempo, todo trabajo en red permite sensibilidades judiciales diferentes también a la hora de interpretar el Derecho europeo, y este diálogo permite asegurarnos de la bondad de los resultados.

C. La obligación de respetar las sentencias y garantizar los derechos

Es ésta una condición existencial, de supervivencia, de unos sistemas que establecen una protección multilateral, y no se basan en la bilateralidad y la reciprocidad, tradicionales en Derecho internacional, sino en una garantía colectiva. Al TEDH le complace decir que se protegen derechos reales y efectivos y no garantías ilusorias. Un acendrado anti-formalismo es imprescindible. Tal obligación de los Estados es inherente al establecimiento de una jurisdicción internacional. Las autoridades nacionales obligadas son también jueces y legisladores del sistema.

La obligación de respeto a las sentencias en el sistema europeo se funda en el artículo 46 del CEDH y en el sistema interamericano en el artículo 68 de la CADH. Ambos se refieren a la fuerza vinculante de las sentencias y su ejecución, y establecen que las partes se comprometen a *acatar las sentencias definitivas*. No es sólo una obligación de mero acatamiento formal sino de respeto a la doctrina en ellas establecidas. Debe leerse como una obligación de resultado: alcanzar realmente el cumplimiento de lo resuelto. Un compromiso leal de cumplimiento.

También engarza con el artículo 1 del CEDH y el artículo 1 de la CADH, más completo que el primero, donde se consagra la *obligación de respetar*

y *garantizar* los derechos que asumen los Estados partes y todos sus agentes.⁴² Incluye dos obligaciones: la de respetar y la de garantizar. Pero la segunda es una prolongación natural de la primera. El respeto exige cumplir la norma convencional, abstenerse de actuar en su contra, pero también una obligación positiva de protección. La obligación de *garantía* implica algo más: el deber activo de los Estados de adecuar su organización al ejercicio efectivo de los derechos. Es una norma de fines que obliga a promover actuaciones y no se contenta con un *status abstentionis*. No es una mera norma programática. Así se reconoció tempranamente por la Corte IDH en *Velásquez Rodríguez contra Honduras, de 29 de julio de 1988*.

Las *medidas generales* impuestas en las sentencias como medidas de reparación conectan con esta obligación de garantía: remover defectos estructurales, y prevenir las amenazas o factores de riesgo, en definitiva, adoptar medidas preventivas de las lesiones de derechos. Mediante ellas las Cortes regionales imponen criterios e interpretaciones vinculantes a los Estados, que deben adaptarse al Convenio para garantizar efectivamente los derechos. La plena conexión de sentido entre interpretación vinculante y medidas generales de reparación es muy estrecha. Las segundas son la otra cara de la primera y un corolario lógico. Ambas Cortes deberían asegurarse de la efectividad de sus interpretaciones sustancialmente mediante medidas generales de cumplimiento.

D. Recepción interna del acervo convencional

Hablamos de la recepción del Convenio y de la jurisprudencia que del mismo emana. Un "acervo convencional" (*acquis conventionnel*) conformado por el Convenio y las decisiones del Tribunal de Estrasburgo. Un saber extendido y obtenido a partir de la experiencia en conflictos

⁴² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Moller, Carlos María, "El deber de adoptar disposiciones de derecho interno. *op. cit.*

del sistema. Se trata de dar algo por sabido y de aplicación notoria: la jurisprudencia europea o interamericana y sus estándares.

El interrogante es si este acervo es *un criterio interpretativo o un canon de validez de las normas*. ¿Deben las leyes adecuarse en su confección al Derecho convencional? Si asumimos una perspectiva realista, se está lentamente evolucionando hacia un entendimiento del acervo convencional como un canon de validez de las normas. De nuevo, no pueden leerse literalmente cláusulas de apertura como las del artículo 10.2 CE sino con acusado antiformalismo. Constitucionalidad y convencionalidad no deberían disociarse como cánones sucesivos de validez y regularidad en vez de enjuiciarlos simultáneamente en una clara economía de esfuerzos y garantías. No tiene sentido alguno aprobar una ley que es regular respecto del bloque de la constitucionalidad, pero se sabe que contradice el bloque de la convencionalidad. No debería aprobarse una ley extremadamente vulnerable o provisional en su validez que entraña una injustificable amenaza para los derechos de las personas. Cuando el legislador español reformó la ley de partidos políticos para regular su disolución por inconstitucionalidad en casos de violencia antiterrorista, pretendió imponer que la disolución del partido conllevara la pérdida de todos los cargos públicos de los que fueran titulares los elegidos en candidaturas presentadas por ese partido. Se hizo ver a los parlamentarios que tal automatismo era incompatible con la jurisprudencia del TEDH según diversos precedentes. Sólo una sentencia penal —culpabilidad individual y prueba— podía producir la ablación del sufragio pasivo. El proyecto de ley fue revisado para aceptar esta limitación. Es, pues, difícil no admitir que estamos ante un canon de regularidad de las leyes que determina controles preventivos.

La influencia del Convenio Europeo de 1950 es perceptible en la redacción de las normas que reconocen derechos en la Constitución española de 1978. La recepción del sistema del Convenio en las *normas constitucionales* le ofrece una validez indirecta o refleja en cada ordenamiento y no sólo directa. También hubo una recepción en las bases de la *juris-*

prudencia constitucional ab initio. España creó en 1978 un Tribunal Constitucional huérfano de tradiciones constitucionales y tuvo como uno de sus basamentos el acervo convencional. Era un Estado retrasado respecto de otros. El proceso de recepción ha sido más difícil en los países con más largas tradiciones constitucionales, como Italia o Alemania, donde han sido frecuentes las resistencias, y hay monografías que lo demuestran. Este lento *proceso de recepción del sistema del Convenio* en las normas y jurisprudencias constitucionales de cada ordenamiento es una forma decisiva de impacto.

Las Constituciones de Ecuador de 2008, de Bolivia de 2009 y la reforma constitucional de México de 2011 están fuertemente influenciadas por el sistema interamericano. Tampoco hay duda de que las altas jurisdicciones nacionales latinoamericanas van incorporando cada vez con mayor fuerza los estándares fijados por la Corte IDH (Cortes Supremas de Argentina, Chile, Costa Rica, México, Perú; tribunales constitucionales de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, entre otros) dentro de un lento proceso de recepción del Derecho convencional.

También se producen *recepciones sobrevenidas* de la jurisprudencia internacional —improvisadas o lentamente anunciadas— que obligan a modificar los estándares internos. Se ha recordado que la defensa europea frente a las contaminaciones acústicas al amparo de la vida privada y familiar ha dado lugar a una jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que modificó sus criterios y ancló el nuevo derecho a caballo de derechos viejos. El Derecho europeo transformó el alcance de las normas constitucionales ampliándolo.

La recepción del acervo convencional se realiza mediante un *diálogo judicial*. En la *fase descendente*, se trata de implementar las sentencias convencionales. No suele ser complejo, salvo si resta un amplio margen de apreciación nacional como a veces ocurre en Europa. Recordemos los laxos estándares fijados para los legisladores penales europeos en el *Caso Hirst* y sus epígonos. El diálogo *ascendente* es más raro, pero no menos

necesario, un juez nacional que se atreva a dialogar con el TEDH o la Corte IDH, pues deviene decisivo para que una Corte internacional no se encierre en monólogos e incorpore las diversas sensibilidades del espacio convencional. La *Audiencia Nacional de España* lo ha hecho al plantear la cuestión prejudicial que ha producido el reconocimiento del llamado derecho al olvido en una demanda contra Google (*sentencia del TJ de 13 de mayo de 2014*). También el Tribunal Constitucional español cuando le preguntó al TJ en el mencionado *Caso Melloni*. Esta vía de participación ascendente debería potenciarse para que el TEDH no se aísle de la realidad. La nueva vía procesal europea que implementa una *cuestión de convencionalidad* llamada *opinión consultiva* y prevista en el Protocolo 16, previsiblemente acrecentará este diálogo ascendente, al igual que ha ocurrido con la cuestión prejudicial ante el TJ, pese a que no se utilice frecuentemente. La influencia de las vías prejudiciales será esencial en un diálogo ascendente.

Existe asimismo una clara fertilización recíproca entre los derechos constitucionales y convencionales según las *diversas declaraciones*. Mediante exégesis judiciales y carambolas (*par ricochet*) las disposiciones de los catálogos de derechos constitucionales de los Estados partes europeos y latinoamericanos interactúan y alcanzan conexiones de sentido con la CDFUE, el CEDH, o el corpus iuris interamericano. Claramente ha ocurrido así con los titulares del derecho al matrimonio que ya no son sólo hombre y mujer en diversos países a la luz de declaraciones posteriores.

Las sentencias supranacionales determinan en ocasiones una *invalidéz pro futuro* de las leyes internas. Las leyes contrarias al sistema del Convenio Europeo o a la Convención Americana no pueden estimarse válidas si deben modificarse cuanto antes al resultar "inconvencionales". Es una obligación de modificación, no un pronunciamiento constitutivo de una nulidad, pero se asemeja a una *invalidéz* de la ley con eficacia diferida al momento de su sustitución, como consecuencia de la obligación internacional de modificación de la norma. Los tribunales constitucio-

nales o Cortes supremas pueden ayudar a esta implementación mediante la llamada "presión para el cambio normativo".

¿*Qué cambio normativo?* El TEDH y todavía más la Corte IDH se aproximan con relativa indiferencia al rango de la norma doméstica enjuiciada. Cabe pedir incluso una reforma constitucional como en el Caso de la última tentación de Cristo en Chile. Pero siempre es más complejo que se realice una modificación de este calado. Con más probabilidad, modificaciones legislativas, son numerosos los ejemplos y aún más tras la buena práctica de los casos piloto (*pilot judgments*) en el ámbito europeo. O pueden demandarse transformaciones reglamentarias que no deberían ser problemáticas.

Pero caben disidencias. El *Tribunal Constitucional de la Federación Rusa, sentencia de 14 de julio de 2015*, ha dictado una, sobre la fuerza vinculante de las sentencias del TEDH. Se sostiene que deben estimarse obligatorias y ser aplicadas siempre y cuando respete la *primacía de la Constitución*. La participación en un tratado internacional —se dice— no significa abandonar la soberanía del Estado ni abolir el principio de primacía de la Constitución; único camino para construir relaciones armoniosas entre ordenamientos que se basen en el respeto y no en la sumisión. Se concluye que el legislador tiene la facultad de crear un mecanismo legal específico para que el Tribunal Constitucional se asegure de esa primacía.

A nuestro entender, esta perspectiva rusa es unidimensionada y estática, pues no contempla la existencia de relaciones entre ordenamientos autónomos y materialmente constitucionales. Debería, sin embargo, reconocerse una *presunción de convencionalidad* de la ley, al igual que existe una *presunción de constitucionalidad*.⁴³ Los actos del legislador democrático deben tener una fuerte legitimidad democrática que sólo puede desvirtuarse en ambos enjuiciamientos mediante una prueba de cargo: un

⁴³ Acerca de la presunción de constitucionalidad de la ley en cuanto obra del legislador democrático, mencionamos a Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

canon de motivación reforzada. Tal presunción reclama intentar una interpretación conforme antes de dictar una declaración de inconvencionalidad. Existe un interés objetivo en conservar la ley frente al daño que provoca el vacío normativo. Una deferencia hacia la autoridad legislativa: evitar nulidades y respetar la libertad de configuración normativa del legislador si es factible. La presunción obliga a elegir, de entre los varios sentidos de una disposición, aquella interpretación que la hace armónica con el Convenio. Este principio es habitual en los tribunales constitucionales de los dos continentes. Es una manifestación del principio de unidad de los ordenamientos jurídicos y debería trasplantarse a ambos sistemas supranacionales.

Una presunción de convencionalidad de la ley puede tener *distinta intensidad*.⁴⁴ Pero en el TEDH y en la Corte IDH la declaración de una ley como contraria al Convenio no reclama una mayoría cualificada. Sólo el margen de apreciación y la tradicional *pragmatic approach* de Estrasburgo la limitan en Europa. Unas técnicas que no son asumidas en San José, que camina más decididamente por una *reparación integral* de los afectados en sus derechos. Es más frecuente un discurso activista y constitucional en la Corte IDH. No obstante, en el caso europeo, cuando una Sala del TEDH dice algo que pueda parecer demasiado radical a los ojos de los Estados miembros (v.gr. *Casos Lautsy I y II*, *Casos de los derechos electorales de los griegos residentes en el extranjero I y II*) suele enviarse a una Gran Sala que a menudo cambia de criterio. ¿No es de algún modo una manifestación de esa presunción de convencionalidad y de la deferencia que comporta en caso de duda?

Por otra parte, nos parecen inevitables las *sentencias interpretativas* de las leyes en los dos niveles: el doméstico y el regional o supranacional. Para

⁴⁴ Figueroa Mejía, Giovanni A., *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, Porrúa/IMDPC, 2011, quien defiende que la presunción de constitucionalidad —o de convencionalidad— puede tener distintos niveles de intensidad, afirma que es útil la revisión que hace de la técnica italiana y española de las sentencias interpretativas con afán de aplicar la idea a la Suprema Corte de Justicia de México.

un sector doctrinal, esta técnica, típica del Derecho procesal constitucional, debilita la confianza en la ley escrita y produce una pérdida de seguridad jurídica. No compartimos este rechazo, la herramienta resulta inevitable en cualquier control de las leyes de carácter constitucional o convencional. En la práctica, las sentencias convencionales suelen tener carácter *interpretativo de rechazo* antes que estimatorio. Cuando el Sr. Otegui impugnó ante el TEDH el delito de ofensas al Jefe del Estado, invocando su libertad de expresión reforzada como representante político, el TEDH no declaró el tipo penal español contrario al Convenio, pero realizó una exégesis restrictiva ante la cual va a ser muy difícil volver a aplicarlo. Una manifestación de *pragmatic approach* muy típica de Estrasburgo: se vacía la norma sin declararla contraria al Convenio. Las sentencias interpretativas de la Corte IDH son también bastante frecuentes, y en ellas se indican las condiciones en que las normas legislativas nacionales son compatibles con el *corpus iuris* interamericano, con lo que se expulsan las interpretaciones diferentes del ordenamiento.

Estas sentencias convencionales interpretativas obligan a los Estados a *armonizar* su Derecho de acuerdo con la nueva jurisprudencia del TEDH o de la Corte IDH. Un proceso de adecuación y armonización. Una interpretación conciliadora que busque la compatibilidad con el estándar europeo o iberoamericano. Un canon hermenéutico de corrección que obliga a optar por la interpretación más favorable y a aplicar la *protección mayor* según reconoce el artículo 51 de la CDFUE o el artículo 29. b] de la Convención Americana. El parámetro de Estrasburgo o de San José puede superarse por los Estados parte, pero no rebajarse, según es inherente a la lógica de una protección internacional subsidiaria.

Los destinatarios de esta recepción del acervo convencional, de la cosa interpretada, son todos los intérpretes y poderes públicos nacionales, quienes deben ajustar sus actuaciones a este canon hermenéutico. Una vinculación positiva, es una obligación internacional, pero también un mandato constitucional. Esta *generalidad de los destinatarios* otorga una gran intensidad a la recepción del Derecho convencional.

Diversas constituciones de Iberoamérica siguen los pasos del artículo 10.2 CE y albergan *cláusulas constitucionales de apertura* que facilitan la recepción del acervo convencional. Pero estas disposiciones poseen sólo un valor pedagógico, una suerte de advertencia. Donde no existan tales recordatorios constitucionales debe jugar la obligación general de los artículos 1 del CEDH y 1 y 2 de la CADH, porque estos mandatos están en la naturaleza de las cosas: no caben contradicciones en un mismo ordenamiento entre las obligaciones internacionales y las internas.

E. Eficacia de cosa interpretada: una interpretación vinculante

La terminología no es coincidente: *consolidated interpretation, consistent interpretation, interpretative authority, res interpretata, chose interpretée*. Podemos elegir "cosa interpretada"⁴⁵ y, como sinónimo, "interpretación vinculante" para denotar que los Estados miembros deben cumplir las obligaciones derivadas del sistema del Convenio según resultan de la interpretación del TEDH o de la Corte IDH, y asegurarse de su cumplimiento por todos los poderes públicos. Esta interpretación vinculante en el contexto latinoamericano viene impuesta por el control de convencionalidad que exige seguir la interpretación de la Corte IDH (artículo 62 de la CADH).

Dos rasgos fuerzan a que la interpretación vinculante sea una *interpretación constructiva de normas* antes que meramente aclaradora de disposiciones escritas. Primero, la *apertura de las normas* que reconocen derechos fundamentales, aún más las normas convencionales que son muy elásticas. Así se describe con claridad en el Voto disidente en el *Caso Hirst: a judge made Convention, lack of precision of the wording*. Segundo, los *supuestos de hecho* son parte de las normas convencionales, pero no están escritos en ellas como ocurre en las normas penales o tributarias. Estamos ante un

⁴⁵ Queralt Jiménez, Argelia, "El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH", *op. cit.*

Derecho espontáneo, desprovisto de cultivo, impulsado de forma difusa a instancias de las víctimas y no programado de forma centralizada por los Estados. El caso se entremezcla con las disposiciones escritas, las integra y transforma hasta crear las normas. Los derechos fundamentales son necesariamente un *case-law*: sin hechos no hay normas sobre derechos.

Esta interpretación vinculante lidera una *conurrencia de jurisdicciones* en la protección de derechos. Será pues menester una división del trabajo conforme a la subsidiariedad; y son precisos criterios que ordenen la colaboración judicial. El más evidente es una objetivación de los amparos europeo e iberoamericano, al igual que ha ocurrido con los amparos constitucionales en Alemania y España. Vobkhule sostiene que la impartición de justicia constitucional debe resultar prioritaria frente al aseguramiento de la justicia individual al referirse al papel del TEDH.⁴⁶ Ésta es la perspectiva que asumimos al igual que se hace en el estudio previo de Garlicki.⁴⁷ Las dos altas Cortes deberían centrarse en ofrecer principios interpretativos, estándares comunes y definiciones generales y abstractas de los derechos ligadas a las normas.

La consecuencia principal es que, *sensu contrario*, la prueba de los hechos, la interpretación de la legalidad y otros extremos típicos de tribunales de instancia deberían quedar en manos de las jurisdicciones nacionales, como regla general, salvo que su consideración sea necesaria para apreciar la vulneración por los jueces nacionales de determinados derechos como, por ejemplo, las garantías judiciales. La subsidiariedad debería limitar las facultades del TEDH y la Corte IDH, obligados por esta lógica a practicar cierta autocontención. No basta con afirmar —con retórica— que no son una cuarta instancia, deben asumir realmente sus restricciones y confiar en las jurisdicciones domésticas. Un cambio de actitud puede ser preciso.

⁴⁶ Vobkhule, Andreas, "Multilevel cooperation of the European...", *op. cit.*

⁴⁷ Garlicki, Lech, "Conferencia introductoria: Universalism versus regionalism? The role of supranational judicial dialog", en en García Roca, Javier, Fernández, Pablo Antonio, Santolaya, Pablo y Canosa, Raúl. (eds.), *El diálogo entre los sistemas...*, *op. cit.*, pp. 27-64.

Al tiempo, interpretar los derechos de una manera abstracta y general, más que reparar uno a uno miles de derechos individuales, lleva necesariamente a *identificar los defectos estructurales* de las leyes nacionales. De ahí la relevancia de las sentencias piloto en Europa y de otras técnicas semejantes, vinculadas a la revisión abstracta de las leyes antes que a concretos amparos.

Es, por definición, una *interpretación evolutiva: nowadays present conditions* dice el TEDH. A menudo suele reprocharse que tiendan a ser *future conditions*. Pero toda jurisdicción sobre derechos tiene una pretensión racional, garantista, *iluminista* y debe mirar hacia el futuro, como precisa Zagrebelsky, al mostrar que el juez constitucional es artífice del Derecho.⁴⁸ Cuando se corta el patrón de un derecho no puede pensarse en un traje que pronto quede pequeño. Otro tanto acontece con el juzgador convencional. Ambos Convenios son productos ilustrados fiados a la razón y el progreso.

Es, sobre todo, una *interpretación efectiva*: atiende al goce efectivo de los derechos. Esto exige un acendrado antiformalismo: descender a la sustancia de los derechos y a su eficacia, para desechar los nominalismos. Un principio *pro homine*, como se llama en Iberoamérica.

Por último, una interpretación vinculante impulsa una *integración de los Estados* en un espacio convencional⁴⁹ también como consecuencia de imponer unos *métodos análogos de interpretación* a las autoridades nacionales, en particular, el respeto al contenido esencial de los derechos, un principio de proporcionalidad, un principio *favor persona*.⁵⁰ Tribunales

⁴⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2007.

⁴⁹ García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional...*, *op. cit.*

⁵⁰ Acerca de algunos principios hermenéuticos convencionales, entre otros muchos, Nash Rojas, Claudio, "El principio *pro persona* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, Santiago, Ed. CECOCH y Librotecnia, 2013, pp. 155-199; y Castañeda, Mireya, *El principio pro persona. Experiencias y perspectivas*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2014.

que razonan con las mismas herramientas deben acabar por llegar a los mismos caminos.

5.1. El valor vinculante de la interpretación convencional

Esta eficacia permite que el Convenio se asiente profundamente en los respectivos Derechos nacionales. Pero la idea de "cosa interpretada" emana de la doctrina científica más que de ambas jurisprudencias, que no suelen emplearla, aunque el sistema funcione conforme a esta lógica.⁵¹ Ciertamente el TEDH no dice que sus sentencias tengan esta eficacia, pero actúa como si la tuvieran. Debemos ocuparnos de su construcción hasta precisarla. La *Corte IDH* ha usado a veces la expresión *cosa interpretada convencional*, recordemos el *Caso Gelman vs. Uruguay*, de 20 de marzo de 2013, en el que en supervisión de cumplimiento de sentencia se alude a la categoría en el TEDH y en la doctrina europea. Pero esta trascendencia es inherente a cualquier sistema jurisdiccional y colectivo de garantías. No es una categoría nueva y atípica, existen paradigmas con que compararla: las categorías de cosa juzgada y vinculación a las sentencias constitucionales.

El alcance de la interpretación convencional no puede venir circunscrita a los Estados que hayan sido partes, como rezan los artículos 46 del CEDH y 68 de la CADH: a la *identidad de partes*; sería una contradicción en sustancia. La *identidad de interpretación* debe depender de la identidad de *situaciones*: unas mismas violaciones y unas regulaciones semejantes, es entonces una la razón de decidir. Una interpretación vinculante depende de la identidad de los *supuestos de hechos*, de violaciones y normas. Es fácil de advertir en los sistemas con tradición monista como Holanda, Bélgica y Francia; más complejo de asumir en sistemas dualistas como Reino Unido, Suecia y Alemania. Pero el fenómeno es el mismo desde una perspectiva fenomenológica.

⁵¹ Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación de los derechos...*, *op. cit.*; Id, "El alcance del efecto de cosa interpretada...", *op. cit.*

¿Vinculación a los Estados partes o a la interpretación de la norma? Leyendo literalmente lo dispuesto en el artículo 68 de la CADH, en un primer momento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en México estableció que la jurisprudencia de la Corte IDH será *vinculante* cuando el Estado haya sido parte, en los demás casos, tendrá valor de *criterio orientador* de todas las decisiones de los jueces mexicanos. Luego rectificó. La primera jurisprudencia carecía de sentido. No es razonable que un Estado miembro diferencie la intensidad de su vinculación a la jurisprudencia del sistema según haya sido o no parte. La situación debe ser la misma en América que en Europa, ya que los preceptos de ambas Convenciones son idénticos (artículos 46.1 del CEDH y 68.1 de la CADH). Razones de economía procesal obligan a pensar que carece de sentido no cumplir la doctrina emanada de las sentencias dictadas respecto de otros Estados miembros, si la situación es igual, lo que genera el riesgo de una previsible y próxima condena. La clara amenaza de una inminente lesión de derechos de los justiciables es un principio que impide razonar de ese modo desde una adecuada perspectiva garantista. Tampoco sería un compromiso leal de acatamiento del respectivo fallo. Las sentencias se dictan en un *sistema colectivo y efectivo* de garantía de derechos que es multilateral y los Estados parte no pueden actuar como harían sujetos privados con sus intereses particulares invocando la tradicional triple identidad de la cosa juzgada civil. El escenario de ambas Convenciones internacionales es distinto y se aproxima al de las sentencias constitucionales que gozan de una eficacia *erga omnes*, abstracta y general. La vinculación a la interpretación es una condición de supervivencia del sistema. Una interpretación vinculante afecta a la definición de una norma. García Ramírez ha destacado como muestra el *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, de 24 de noviembre de 2010, (§ 161170), en su relación de antecedentes respecto de la incompatibilidad de las *leyes de autoamnistía* con la Convención.⁵²

⁵² García Ramírez, Sergio, *El debido proceso*, op. cit.

Esta *vinculación a la motivación*, a los razonamientos generales, es esencial. Que las sentencias de la *Corte IDH* son obligatorias en sus términos e incluso sus razonamientos —partes considerativas— de conformidad con los artículos 62.3, 67 y 69 de la CADH se estableció con rotundidad en el *Caso Radilla vs. México, de 14 de julio de 2011*, donde se dijo que la Suprema Corte debe limitarse a su cumplimiento y no puede revisar su corrección: "lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos". También se estableció que todos los jueces deben realizar un *control de convencionalidad ex officio*. Una consecuencia de la interpretación vinculante.

5.2. La vinculación a las sentencias constitucionales

La interpretación convencional vinculante no es la tradicional *cosa juzgada* civil, pero es útil su contraste. Su aplicación no demanda los tradicionales requisitos de la cosa juzgada formal: la triple identidad de los sujetos, el objeto, el *petitum* y la causa de pedir. La vinculación posee unos efectos mayores: una eficacia general, abstracta y *erga omnes*. Si bien se aproxima a la autoridad de cosa juzgada *formal* en la idea de que frente a estas sentencias supranacionales no cabe recurso alguno. Pero, sobre todo, entraña la *autoridad* de cosa juzgada *material* en su valor sobre el fondo del asunto: el estado jurídico de una cuestión sobre la que ha recaído una sentencia firme que tiene la eficacia de vincular al órgano jurisdiccional en otros procesos.

Una segunda comparación con la *vinculación a las sentencias constitucionales* permite extraer algunos rasgos comunes. Las sentencias convencionales vinculan a todos los juzgadores y poderes públicos que operan dentro del sistema y, en esta eficacia de sus pronunciamientos, se aproximan a las sentencias constitucionales. Deriva de diversos bienes, en especial, la seguridad jurídica, que reclama la certidumbre en el entendimiento de los derechos fundamentales, y la estabilidad de las relaciones jurídicas, con mayor razón en un sistema colectivo y multilateral, cuya compleja unidad y coherencia interna deben mantenerse. Las sentencias

convencionales producen el efecto de cosa juzgada —*res iudicata*—, pero su eficacia no se agota en ellas, ya que poseen *res interpretata*.

El carácter vinculante de las sentencias de los tribunales constitucionales deriva de que son los *intérpretes supremos* de sus constituciones, pero lo mismo ocurre con las Cortes regionales que nos ocupan y sus convenciones. Es pues razonable extender la eficacia de sus sentencias. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español dice al regular con carácter general todos los conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: "la decisión del Tribunal Constitucional *vinculará* a todos los poderes públicos y tendrá *plenos efectos* frente a todos" (art. 61.3 LOTC). Se inspira en el artículo 31.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán que dice que *vincularán* a los órganos constitucionales de la Federación así como a todos los Tribunales y autoridades. Otro tanto establece el artículo 38.1 de la LOTC que abre la puerta de la regulación de los procedimientos de inconstitucionalidad: "las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, *vincularán* a todos los poderes públicos y producirán *efectos generales* desde la fecha de su publicación en el BOE".

Esta eficacia general se justifica en Derecho procesal constitucional por la condición de su autor como *intérprete supremo* de la Constitución (artículo 1.1 de la LOTC). Igualmente la competencia del TEDH y de la Corte IDH se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos (artículos 32 del CEDH y 62.3 de la CADH). Su posición y razón de decidir son pues las mismas: ambas Cortes son los intérpretes supremos de sus sistemas y por ello sus interpretaciones deben ser vinculantes.

¿Tal vinculación se proyecta sólo para los *poderes públicos* o también para los *ciudadanos*? Parece que sí, pero de manera distinta y menos intensa; con mayor razón, si se trata de verdaderos *poderes privados* y no de simples ciudadanos. Es un escenario análogo al del artículo 9.1 CE o del artículo 6.1 de la Constitución chilena, la sujeción a la Constitución y al resto del

ordenamiento jurídico de los ciudadanos y los poderes públicos. Según alguna jurisprudencia constitucional, la vinculación a la Constitución de los poderes públicos es *positiva* y más intensa, la de los ciudadanos es *negativa*: les impide actuar frente a los mandatos constitucionales, pero no vienen obligados a desarrollarlos. En todo caso, vinculan intensamente a todos los poderes *constituidos* e incluso al poder *constituyente* y al de *reforma* mientras no se denuncie la Convención.

La vinculación a las sentencias constitucionales se amortigua dentro de las divisiones de poderes nacionales, porque el *poder de reforma constitucional* puede abrogar (*overruling*) las sentencias constitucionales, si bien no es algo frecuente en las democracias constitucionales asentadas. Pero así se está haciendo ahora en Hungría y en Polonia con prácticas autoritarias. Del mismo modo, la posibilidad de las modificaciones de ambos sistemas regionales, mediante protocolos de reforma de los convenios, deja a salvo la soberanía de los Estados que son los señores de ambos tratados.

La vinculación se predica no sólo de la parte dispositiva de las sentencias sino de *toda la motivación* y en *cualquier tipo de procesos*, lo relevante son las razones, la interpretación de las normas y el discurso. En el sistema interamericano, se ha reconocido que son igualmente vinculantes las sentencias y las opiniones consultivas de la *Corte IDH* (*Ver Opinión Consultiva OC-21/14. Resolución de 19 de agosto de 2014*), lo que ayuda a superar las dudas iniciales. La eficacia correctora y modificativa de la jurisprudencia ordinaria que poseen las sentencias constitucionales debe predicarse también de las convencionales. Un precepto legal donde se explicitará esta vinculación de los órganos judiciales al CEDH o a la CADH debería preverse en la ley orgánica del poder judicial o leyes análogas en los diversos Estados, pero es un recordatorio.

En el TEDH se discutió al principio la obligatoriedad de las *medidas cautelares*, si bien la jurisprudencia acabó por reconocerla, se apoyó precisamente en decisiones de la Corte IDH y llevó un precepto de su

Reglamento al Convenio mediante una interpretación sistemática.⁵³ El automatismo y la vinculación de sus decisiones han ido creciendo en la jurisprudencia según cómo el sistema se ha ido asentando.

La labor de identificar la *doctrina vinculante* en las sentencias regionales puede ser compleja. Cabe pensar que estemos ante un mero *obiter dicta*, una categoría no tan habitual en otros países. Podría diferenciarse entre *obiter dicta*, aquellos razonamientos más allá de los necesarios para llegar al fallo, y *ratio decidendi* (*holdings*), la motivación en que se apoya la fuerza vinculante del precedente. Pero es una distinción arriesgada y es mejor no utilizarla, de no resultar manifiesta y por encima de toda duda, pues no está recogida en el CEDH ni en la CADH, como tampoco en ambas jurisprudencias, y podría desvirtuar la eficacia vinculante de la cosa interpretada, lo que propiciaría exégesis aislacionistas y nacionalistas. Si las sentencias están bien escritas no son ejercicios de retórica y, si no es así, debería corregirse su técnica de redacción.

Con frecuencia, las sentencias convencionales dejan un *margen de apreciación o de libertad de configuración normativa* a sus exégesis de los derechos. Cumplir las sentencias regionales es una actividad cognitiva y no sólo volitiva y pueden haber diferentes implementaciones; el grado de discrecionalidad puede depender, entre otros extremos, de la naturaleza del derecho, del tipo de violación y de la modalidad de control, ya sea abstracto o concreto. No debería así vincular necesariamente la exégesis que se haga por el TEDH de las *leyes domésticas*, a no ser, como suele ocurrir, que la legalidad interna se entremezcle con la garantía de derechos, mas acaso entonces el efecto de vinculación no debería predicarse del *ultra vires*.

Podemos quizás hablar de unas *escalas en la intensidad de la vinculación* para los diferentes poderes. Podría ser distinta la naturaleza de la vincu-

⁵³ Véase García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional...*, *op. cit.*, y la bibliografía que allí se cita.

lación. Para los *órganos judiciales* la vinculación es muy intensa, porque su función es aplicativa de los derechos y en esa labor concurren con el TEDH o la Corte IDH, cuyas exégesis gozan de una mayor autoridad conforme a la lógica de la subsidiariedad: ambas Cortes internacionales infalibles porque son finales. En relación con el *legislador*, la cuestión es más compleja y la vinculación menos intensa, porque toda ley posee una amplia libertad de configuración normativa y puede existir un margen de apreciación en algunos derechos no absolutos, o reconocerse una deferencia. Los dos Convenios deben interpretarse como un marco de coincidencias, no como el texto articulado de un código civil. ¿Hay también diferencias entre la posición del *poder de reforma constitucional* y los poderes constituidos? No en apariencia como ilustra la práctica activista de la Corte IDH. Las Cortes supranacionales revisan las normas internas con relativa indiferencia hacia su rango. Pero ya se ha mencionado la reciente discrepancia de la sentencia del Tribunal Constitucional ruso sobre la primacía de la Constitución.

Debe, por último, predicarse la fuerza vinculante de la interpretación convencional tanto de las sentencias de *desestimación* como en las *estimatorias*. No vemos razón alguna para distinguir en su eficacia desde la lógica de una *res interpretata*. No obstante, en diversos países se ha negado a las primeras esa fuerza respecto de las sentencias constitucionales, pero es una aproximación muy ligada a las concretas normas positivadas antes que a la esencia del fenómeno.

5.3. El valor del precedente

¿Están el TEDH o la Corte IDH vinculados por sus propios *precedentes*? La respuesta debe ser afirmativa como en cualquier jurisprudencia *tout court*. Un tribunal que no se sintiera vinculado por su propia jurisprudencia y no respetara sus precedentes, conforme a la lógica *stare decisis*, no sería un tribunal, ya que violaría el derecho de los justiciables a una aplicación igualitaria de las leyes; tampoco sería un juez imparcial por razones objetivas e incluso subjetivas. Su capacidad suasoria y autoridad

vendrían seriamente deterioradas. Otra cosa distinta es que esa vinculación no sea absoluta y quepa desde luego modificar el Derecho, cambiar el precedente con voluntad de permanencia. Sin embargo, es algo que no ocurre a menudo y que, cuando acontece, los tribunales suelen ser reacios a reconocer. Por otro lado, es no menos posible —y mucho más habitual— distinguir los hechos del caso de aquellos enjuiciados en el supuesto precedente. Una situación frecuente que luego analizaremos. La confusión entre una y otra cosa ha llevado a que alguna de estas Cortes internacionales haya dicho que no está vinculado a sus propios precedentes. Pero sí debería estarlo en el sentido estricto o matizado —y no absoluto— que se ha expuesto.

Avanzar de un caso similar a otro similar es la lógica de cualquier jurisprudencia y, en particular, de ambos sistemas humanos como forma de creación del Derecho. No sólo cabe hablar hoy de precedentes y *stare decisis* en el *Common law*.⁵⁴ ¿Qué otra cosa son los famosos *leading cases* o los *pilot judgments* o incluso los asuntos calificados como *case reports* por su nivel de importancia en la jurisdicción europea? Pero no sólo ocurre en estos supuestos, aunque por su función resulte manifiesto.

¿Cuántos precedentes son necesarios para adquirir eficacia vinculante? ¿Basta un precedente o se reclama una sucesión de casos coincidentes? La rei-

⁵⁴ Respecto de la teoría del precedente son muy numerosos los trabajos, únicamente mencionamos a Xiol Ríos, Juan Antonio, "El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional", en *Poder Judicial*, núm. 3, 1986, pp. 25-40; y también a Barker, Robert S., *El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*, Lima, Grijley, 2014, con prólogo de Domingo García Belaunde. Entre la doctrina española, Roca Trias, Encarna, "Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad", en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 85, núm. 4, 1986, pp. 841-874. Requejo Pagés, Juan Luis, "Juridicidad, precedente y jurisprudencia", en VV.AA., *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1998. Ollero Tassara, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, 2ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. López Guerra, Luis, "El Tribunal Constitucional y el principio de *stare decisis*", en VV.AA., *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, vol. II, 1981. Tiene interés sobre el valor del precedente y la técnica del *distinguishing* el debate provocado en España por la sentencia del Tribunal Constitucional STC 11/2016, de 1 de febrero, y los votos particulares. Debe verse Groppi, Tania y Ponthoreau, Marie-Claire, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart Publishing, 2013. Finalmente, puede leerse de la Sierra, Susana, *Una metodología para el Derecho comparado europeo. Derecho público comparado y Derecho Administrativo europeo*, Madrid, Civitas, 2004.

teración de precedentes para la creación de jurisprudencia se exige en la regulación de algunas altas Cortes iberoamericanas (México) y acaso de ahí provenga la confusión. Es asimismo tradicional para la creación de costumbres como fuentes en Derecho civil: la *opinio iuris sive necessitatis*. Otro tanto ocurre con la costumbre internacional según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Pero no es así para la jurisprudencia civil de casación, al menos en España. Tampoco en las jurisdicciones constitucionales europeas y algunas latinoamericanas (Perú, entre otras) como términos de comparación más homogéneo. Precisamente porque sus sentencias vienen ligadas al control de la ley en ya una disposición general, dotada de publicidad, y que se funda en la reiteración de conductas que entraña toda abstracción normativa. Igualmente, la jurisprudencia convencional está ligada a la norma reconocedora de un derecho. De nuevo, es una misma la razón de decidir. Un único precedente en el sistema europeo o interamericano debe vincular, al igual que ocurre con los amparos constitucionales. Esta regla general puede someterse a alguna matización. Dependerá de la rotundidad, claridad y capacidad suasoria del pronunciamiento para que su argumentación se consolide. Hay decisiones arriesgadas del TEDH cuyos elevados estándares garantistas pueden haberse ido rebajando en su aplicación ante las protestas de los Estados, v.gr. en materia de rechazo de expulsiones de extranjeros, al no poder garantizarse su derecho a la salud en los países de origen a donde se les devuelve. Un estándar que el TEDH no ha mantenido de forma estricta.

El precedente es una manifestación de la autoridad interpretativa. Deriva de la lógica *stare decisis*, mantenerse en las cosas decididas y acatarlas. Una sentencia que vincula en su jurisprudencia a las futuras. La existencia de una interpretación suprema demanda reconocer una especial autoridad a su exégesis. Un tribunal superior, con mayor autoridad, impone su decisión a los inferiores. Pero el trabajo en red lleva a pensar que la interpretación de los derechos no concluye. Es un debate permanentemente ante la constante variación del *contexto*: el dinamismo de las realidades, las diferencias nacionales en espacios muy amplios, los

cambios culturales, las innovaciones tecnológicas. Por eso los tribunales nacionales pueden matizar o incluso discutir los precedentes convencionales, pero deben, eso sí, acatarlos. Cabe acatar tras discutir.

Distinguiendo o limitando un precedente. Los precedentes se aplican habitualmente mediante dos técnicas bien distinguiendo (*distinguishing*) o limitando (*limiting*). Cabe distinguir los hechos de un caso respecto de los del precedente. El TEDH lo hace a menudo, véase p. ej. el *Caso Muñoz Díaz contra España, de 8 de diciembre de 2009*, sobre los efectos civiles del matrimonio gitano y las pensiones de la seguridad social. Es asimismo posible matizar los límites de una jurisprudencia a la luz de casos posteriores, y ello es inherente a toda buena jurisprudencia, modular su alcance.

Revocación del precedente. Como es sabido, *Brown versus Board of Education* de 1954 abroga *Plessy v. Ferguson* de 1896, iguales pero separados, dos decisiones centrales de la *Supreme Court*. Ambos ejemplos ilustran que el transcurso del tiempo y el cambio de los contextos culturales son una sólida razón para cambiar de jurisprudencia. Un precedente siempre puede reconsiderarse por distintas razones en virtud de cambios normativos, evoluciones culturales o tecnológicas, o de su impacto en la realidad. Así ocurrió v.gr. con el acceso de los transexuales al matrimonio en los *Casos Goodwin e I. contra el Reino Unido, ambos de 11 de julio de 2002*, donde se produjo un giro de 180° en la jurisprudencia del TEDH.

¿Cómo se hace efectiva esa vinculación? En teoría, mediante el mecanismo dispuesto en el artículo 46 de la CE para la ejecución de sentencias, no es casual que el epígrafe rece "*binding force and execution of judgments*": el propio Convenio advierte que la *ejecución forzosa* es una sanción de la fuerza vinculante. Pero el mecanismo apenas se usa. En cambio, en el sistema interamericano, el mecanismo de supervisión de ejecución de sentencias se ejerce habitualmente por la misma Corte IDH y se considera parte de su función jurisdiccional. De nuevo, el sistema interamericano es más activista.

El propio tribunal internacional puede ser garante de su doctrina a través de un *segundo amparo supranacional* en ejecución de sentencia. El incumplimiento de la jurisprudencia podría ser invocado como lesión del derecho al proceso debido por la parte a la que se genere una indefensión.

Es algo análogo a lo acaecido algunas veces ante las jurisdicciones constitucionales. Recordemos los *Casos Preysler I y II* ante el *Tribunal Constitucional español* (SSTC, 115/2000, de 5 de mayo, y 186/2001, de 17 de septiembre) donde se revisó el cumplimiento por parte del Tribunal Supremo (el asunto dio lugar también a la *STEDH, de 13 de mayo de 2003*).

Igualmente, la secuencia de sentencias derivadas del cumplimiento del mencionado *Caso Hirst*, toda una saga, ilustra que el tribunal puede intentar mantener sus precedentes y doctrina. Ciertamente una corte internacional puede presionar a un legislador perezoso, pero la situación no es fácil, si realmente no quiere cumplir de forma adecuada, como ilustra la lentísima aplicación —un incumplimiento— del estándar *Hirst* por el Reino Unido.

En Europa, sobre todo, debe velar por la ejecución de las sentencias el *Comité de Ministros* por la vía del mecanismo del artículo 46.2 del CEDH. Pero esto supone que acabe volviendo al TEDH la pregunta sobre el incumplimiento de la obligación, del uno al otro, ambas instituciones se devuelven la pelota como en una absurda partida de pingpong. A diferencia del más garantista sistema interamericano. Nuestro estudio conecta aquí con otros trabajos de esta investigación colectiva, referidos a la supervisión de cumplimiento de sentencia.

5.4. Las tensiones con el legislador: ¿interpretación conforme o declaración de inconvencionalidad?

Es un dilema clásico en toda jurisdicción constitucional. ¿Es mejor declarar la ley contraria al Convenio que hacer una sentencia interpretativa? No falta quien sostiene estas tesis y con frecuencia en países de

Common-Law, acostumbrados al dogma —o ficción— de la soberanía del Parlamento. Pero nos parece que esta supuesta —e ingenua— solución sería aún peor, resultaría más conflictivo para el Estado demandado, y más incómodo para el Parlamento nacional, obligado a hacer una nueva ley. Las tensiones con el legislador son inherentes a todas las jurisdicciones constitucionales y también a las supranacionales. La nulidad no mejora las cosas, sino que las agrava.

F. Límites falsos y verdaderos de una interpretación vinculante. Las medidas generales de reparación como reverso

Los derechos fundamentales generan un debate abierto, no se prestan a un monopolio ni al centralismo sino a un trabajo en red. Precisamente por eso, decantar verdaderos límites a una interpretación convencional vinculante reforzaría su legitimidad de ejercicio ante los Estados y, a la vez, permitiría una más eficiente división judicial de funciones. Debemos construir unos criterios que informen la colaboración en un cuadrilátero de jurisdicciones concurrentes (nacionales, constitucionales, y las dos europeas, TEDH y TJ), que es un triángulo en Iberoamérica.

Se precisa una *autocontención* (*self-restraint*) de las dos Cortes, para respetar la lógica de la subsidiariedad. En el interesante Voto particular del *Caso Hirst* se sostiene: "the lack of precision in the wording of that article and the sensitive political assessment involved call for caution". Un intérprete supremo de un amplio espacio convencional debe ser prudente. Es no menos cierto que la *iuris prudentia* es a veces la *iuris audacia* cuando de garantizar derechos se trata. Son dos pautas en tensión y, a menudo, no cabe una síntesis y debe elegirse.

¿Han ido ambas Cortes *más allá de lo conveniente*? Eso se sostiene en el Reino Unido, o Venezuela, si bien por razones de distinto talante y enjundia. ¿Tienen legitimidad para dictar pronunciamientos discutibles frente a los Estados soberanos? Es el dilema que nos plantea, desde los Estados

Unidos, Neumann,⁵⁵ quien entre una *autolegitimación*, que deriva del trato directo de las Cortes con los justiciables, y la *heterolegitimación*, que les concede el consentimiento de los Estados, se decanta siempre por la segunda. Un error de planteamiento derivado de la simplificación del marco. Es verdad que las decisiones en ambos sistemas son a veces discutidas por sustituir al *legislador democrático*. Mas el argumento no puede exagerarse, porque sustituir al legislador democrático cuando viola derechos es, por definición, la responsabilidad de ambas Cortes. Su *posición contramayoritaria* coincide con la propia del control de constitucionalidad de la ley y todas las razones allí vertidas pueden traerse a este otro contexto. El argumento que se refuta —el pretendido monopolio del legislador democrático— tiene algo de abdicación en el ejercicio de la protección de derechos. Un verdadero tribunal no puede adoptar decisiones políticas de oportunidad y renunciar a ejercer su jurisdicción en detrimento de los justiciables y de la eficacia de las normas del Convenio. Esta posición haría inviable el funcionamiento del sistema.

Sorprende por todo ello el *criticismo* de algunos Estados en ciertos casos. La fuerte invocación de la soberanía y del margen de apreciación se asienta en un nacionalismo —o un electoralismo que lo acrecienta— exacerbado, que carece de sentido ante una protección colectiva de derechos que es, por su misma naturaleza, limitadora de un entendimiento absolutista de la soberanía. No se puede querer estar dentro y fuera del sistema. Ésta es la paradoja. Las decisiones de un tribunal internacional no pueden ser "impredicibles", porque se debilita su posición en el sistema. ¿Pero sinceramente lo eran, para un conocedor de la jurisprudencia, los *Casos Hatton, Hirst, o Lautsy* en Europa, o los casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* y *Gelman vs. Uruguay* en Iberoamérica? ¿Puede con rigor sostenerse que el TEDH debe actuar como un intérprete constitucional y sentar estándares generales *without unduly infringing State sovereignty*? (vid el Voto Particular en el *Caso Hirst*). ¿Qué quiere decir

⁵⁵ La tesis de Neumann, Gerald L., "Import, export, and regional consent in the InterAmerican Court of Human Rights", en *The European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 2008, pp. 101-123.

esto? Todo control regional de los derechos entraña en sí mismo una *soberanía restringida y en transición*.⁵⁶ Quienes no adviertan este fenómeno no deberían ratificar las respectivas convenciones regionales. La soberanía no puede entenderse como un blindaje de ciertos entendimientos de los derechos que violan su contenido. A menudo, son además entendimientos coyunturales, sometidos a modificaciones tras la alternancia en elecciones, y no perpetuos como se supone es la soberanía, lo que ilustra la futilidad del argumento. La soberanía es un límite demasiado impreciso en sus contornos jurídicos para actuar como excepción frente a una protección jurisdiccional e internacional. Es cierto, no obstante que ciertas cuestiones sensibles para las opiniones públicas nacionales reclaman la prudencia de un buen juzgador y, cuando no sean derechos absolutos, podría en ocasiones aplicarse cierta deferencia o un margen de apreciación según demandan la Declaración de Brighton y el Protocolo 15.

Algunos verdaderos *instrumentos de limitación* de una interpretación vinculante son los siguientes. Primero, apoyarse las sentencias supranacionales en un sólido estudio del *common background*. Un buen método comparado sobre las regulaciones de los Estados facilita el diálogo, permite buscar aliados al razonar y esto incrementa la legitimidad y capacidad persuasiva de unas decisiones compartidas por la mayor parte. Así lo están practicando cada vez con más frecuencia el TEDH, y crecientemente en Latinoamérica, por ejemplo, en los *Casos Gelman vs. Uruguay* y *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*.

También, en segundo lugar, intentar *interpretaciones no uniformizadoras*. El CEDH y la CADH no son códigos civiles ni declaraciones federales. Es menester dejar a los tribunales y parlamentos nacionales implementar las decisiones por distintos medios. Puede a veces bastar

⁵⁶ Sobre las transformaciones de la idea de soberanía se menciona a Walker, Neil, *Sovereignty in transition*, Oxford/Oregon, Hart Publishing, 2003, en particular el trabajo de Fassbender, Bardo, sobre soberanía y constitucionalismo en Derecho internacional; también deben leerse las consideraciones que se hacen sobre soberanía e integración a través de derechos en un espacio convencional europeo en García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional...*, *op. cit.*

con establecer una obligación de resultado y dejar pensar a los Parlamentos con libertad.

Tercero, conviene *no revisar* plenamente *los hechos*, si ya han sido razonablemente enjuiciados y probados —con racionalidad y distanciamiento— por las autoridades nacionales; incluso aunque no se acierte plenamente en el resultado, sólo la flagrante arbitrariedad o el error manifiesto deberían ser excepciones a la regla. Una valoración de la prueba es casi siempre discutible. Éste es el error que comete el conocido *Caso Eweida y otros vs. el Reino Unido, de 15 de enero de 2013*, sobre el uso externo de símbolos religiosos según denuncia un inteligente Voto particular: los jueces británicos ya habían ponderado adecuadamente los hechos mediante decisiones jurídicas responsables y el TEDH debió detenerse allí. Ambas Cortes dedican acaso demasiada atención a la prueba de los hechos, quizás esta actitud de desconfianza hacia los órganos judiciales no pueda mantenerse en el futuro, pues impide la división del trabajo.

Cuarto, si lo importante es la eficacia de una interpretación vinculante, lo decisivo deben ser las *medidas generales* de reparación, confiando en la colaboración de los Estados respecto de la implementación de medidas individuales, si bien puede que no baste siempre con lo primero. Tampoco es necesario siempre agotar las medidas con exhaustividad; así las limitaciones presupuestarias de los Estados y los costes de implementación de las sentencias deben ser ponderados con prudencia por ambas Cortes internacionales, como ya ocurre en las mejores jurisdicciones constitucionales. Esta limitación, empero, es muy compleja.

La tesis tradicional y originaria durante décadas ha sido que el TEDH dicta *sentencias de mera comprobación*; su función concluye con verificar la violación. El TEDH —se decía— carece de poder específico para indicar al Estado el comportamiento que debe asumir como consecuencia de la violación constatada. La satisfacción equitativa del artículo 41 del CEDH es una mera excepción. Las consecuencias deben ser valoradas autónomamente por cada Estado. Se ha venido pues creyendo que la sentencia

no podía indicar al Estado el comportamiento que debía asumir (así resume Zanghí esta tesis vigente desde *Marckx v. Bélgica* de 1979).⁵⁷ En cambio, la apuesta de la Corte IDH es la reparación integral desde el principio. Hay una clara diferencia de partida entre ambos sistemas. Pero, en los últimos años, se ha evolucionado en el sistema europeo hacia la *restitutio in integrum*: restablecer al individuo a la situación anterior a la violación, mediante la reparación de las consecuencias dañinas en la medida de lo posible. La indemnización o compensación debe jugar sólo si no es viable otra forma de reparación, pues se trata de un mero cumplimiento por sustitución como ocurre en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Entre algunas de las nuevas medidas adoptadas están las siguientes: la admisión del recurrente en el territorio del Estado, la cancelación de inscripciones administrativas, la reapertura de procedimientos penales (muy numerosas), la atribución de radiofrecuencias previamente negadas, la posibilidad de residir en una isla que antes se prohibía, etc. La jurisprudencia europea está yendo más allá de la mera comprobación. Se está abandonando la línea de extrema prudencia que caracterizaba a las sentencias, que ya no se contentan con la satisfacción equitativa del artículo 41 del CEDH. Un precepto que empieza a ser correctamente leído. En *Sedjovic vs. Italia* de 2004, el TEDH impuso a Italia la adopción de medidas individuales y generales, abolir los obstáculos jurídicos que puedan impedir la apertura del proceso en supuestos de condenas en rebeldía. Es, asimismo, esencial el procedimiento de las Sentencias piloto: una nueva praxis según la cual, si la violación cometida en uno o más casos individuales deriva de una situación general y dada la naturaleza estructural del problema, el TEDH indica la necesidad de llevar a cabo reformas generales.

⁵⁷ Resume la evolución de la jurisprudencia del TEDH sobre la *restitutio in integrum* Zanghí, Claudio, "Evolución e innovación en los efectos de las sentencias del TEDH", en García Roca, Javier y Fernández Sánchez, Pablo A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales*, op. cit., pp. 199-228. En la misma obra y, con matices no siempre coincidentes entre ambos autores, Salado, Ana, "La ejecución de las sentencias indemnizatorias del TEDH y del TJCE", pp. 257-288.

¿Hasta dónde debería llegar en el TEDH? ¿Hasta tan lejos como la Corte IDH? La situación de partida es distinta en la Corte IDH con apoyo en las previsiones de los artículos 2 y 63 de la CADH sobre el deber de adoptar disposiciones de Derecho interno y la correlativa facultad de imponer medidas de reparación. Hay un variado elenco de estas medidas en las sentencias de San José desde hace tiempo. ¿Van a llegar a coincidir ambos sistemas? No parece, por ahora; se han aproximado, pero no tanto. La Corte IDH es mucho más activista en la ejecución. ¿Facilita esta actitud la cooperación de los Estados en implantar la doctrina convencional o la dificulta?

Conviene, en efecto, subrayar que existen *diferencias* entre el artículo 41 del CEDH y el artículo 63 de la CADH. El tenor literal no es el mismo. El citado artículo 63.1 inciso segundo permite a la Corte *disponer medidas de reparación*, que se garantice al lesionado en el goce de su derecho conculcado, y que se reparen las consecuencias de la medida que ha ocasionado la violación. Una obligación de los Estados de respetar, garantizar, prevenir y reparar; no sólo el pago de una indemnización. Fue fruto de una enmienda de la delegación de Guatemala y estuvo pensado como un ariete para atacar las fuentes estructurales de las violaciones. Un precepto así no existe en el CEDH.

Con esta cobertura en la Convención, la Corte IDH ha hecho una constante ampliación del régimen de reparaciones. García Ramírez ha sintetizado la diversidad de medidas que utiliza la jurisprudencia interamericana para buscar una reparación integral.⁵⁸ Las *medidas generales* son menos problemáticas normalmente. Recordemos que se ha dispuesto una reforma constitucional sobre la censura previa en Chile y la revisión de normas legales sobre la pena de muerte, tipificación de terrorismo, desaparición forzada, tipificaciones penales, restricción de la jurisdicción

⁵⁸ Acerca de la amplia panoplia de medidas de reparación en la Corte IDH véase García Ramírez, Sergio y Zanghí, Claudio, "Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias", en García Roca, Javier, Fernández, Pablo Antonio, Santolaya, Pablo y Canosa, Raúl. (eds.), *El diálogo entre los sistemas...*, op. cit., pp. 424-491.

militar y un largo etcétera. Sin embargo, algunas *medidas individuales* de reparación podrían resultar excesivas en su detalle o concreción, así como en su intensidad. Pero no es sencillo identificar unas y otras. Recordemos que se ha impuesto: la mejora del estado de las cárceles, medidas de desagravio de víctimas, la atención médica y psicológica en instituciones públicas o privadas, la facilitación de estudios y atención a la salud de niños, inversiones sociales en comunidades indígenas, una capilla en homenaje a víctimas de una masacre, la inscripción del nombre de las víctimas en registros o en placas, la construcción de un inmueble, programas de capacitación de servidores públicos, medidas de seguridad de desplazados o de mejora vida carcelaria, entre otras.

La filosofía de todas estas medidas radica en ponderar las circunstancias del medio al que se dirigen las medidas reparadoras, valorar el contexto nacional de acuerdo con un principio *pro homine* e indagar bajo la superficie de las violaciones. ¿Son estas medidas adecuadas a la realidad del continente, o devienen excesivas y desbordan la lógica de una interpretación vinculante para ocupar el lugar de un Gobierno y un Parlamento ejecutores? En otras palabras: ¿hasta qué punto debe ejecutar sus decisiones un tribunal internacional? ¿No hay un término medio entre el funcionamiento de ambas Cortes? ¿No debería reconocer la Corte IDH un *margen de libertad o discrecionalidad* en el cumplimiento? ¿No podría bastar con una obligación de resultado más que una obligación de medios? ¿Es menester imponer todas y cada una de las medidas de reparación con pretensiones de exhaustividad? No es eso desaprovechar la colaboración de los Estados. ¿Cuánto tiempo podrá mantenerse este esquema activista sin que los Estados reaccionen frente al ejercicio de tanto poder e intenten desactivar la Corte IDH? Quizás debería darse preferencia a algunas medidas generales y dejar algunas de las individuales en manos de los Estados. A la par parece prudente y aconsejable medir bien las indicaciones de *tempo* en el cumplimiento. En todo caso, la necesidad de indicar medidas generales o estructurales de restablecimiento refuerza las exigencias de una interpretación vinculante. Una y otra cosa son caras de una misma moneda.

G. Conclusiones

La comparación entre ambos sistemas regionales de protección de derechos es una perspectiva compleja pero sumamente enriquecedora. Ambos se necesitan como referentes y, en cuanto emanan de un mismo parámetro universal, no pueden producir la fragmentación del Derecho internacional mediante decisiones judiciales incompatibles.

"Impacto" es una expresión bastante ambigua. Pero ha acabado por imponerse. Su contenido no es sólo procesal, es más amplio que el "cumplimiento" voluntario y la "ejecución" forzosa. Ambos sistemas producen una constante y transversal transformación y armonización de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Las normas del CEDH y de la CADH pueden tener distinta jerarquía. Es una decisión de cada ordenamiento. Pero estamos en un escenario de pluralismo constitucional y hablamos de relaciones entre ordenamientos independientes, cuya validez no deriva del otro, y en ningún caso de meras fuentes del Derecho interno. La jerarquía no es esencial para una interpretación conforme al Convenio de las leyes, pero puede tener relevancia para su inaplicación. Las normas convencionales tienen efecto directo o aplicación directa para los Estados parte; una vez publicadas, son también Derecho interno. Las sentencias de ambos sistemas son vinculantes, pero a veces no directamente aplicables, cuando sea precisa una decisión interna interpuesta. Su doctrina obliga con independencia de quién haya sido el Estado demandado. Los Estados deben vincularse a su eficacia de cosa interpretada y acatar las sentencias de buena fe según obliga la Convención de Viena.

Los derechos convencionales son verdaderos derechos subjetivos de naturaleza fundamental. Ya no sólo las Constituciones positivizan derechos fundamentales. Interpretar los derechos viejos se aproxima a crear derechos nuevos. Los legisladores están vinculados a los derechos convencionales y no pueden traspasar su contenido esencial. Las cláusulas

de apertura al Derecho internacional de los derechos humanos no son sólo criterios interpretativos, sino que están acabando por ser —progresivamente— cánones de regularidad y validez. Un escenario de futuro no pasa por seguir disociando controles de constitucionalidad y de convencionalidad de las leyes, pero llevará algún tiempo.

En Europa el control de convencionalidad del Derecho nacional se ha vertebrado mediante una interpretación conforme más que por la inaplicación. Pero la segunda medida no puede descartarse ni tampoco la posibilidad de construir pasarelas con el Derecho de la Unión, dotado de primacía, pese a las cautelas del TJ. En Iberoamérica, la primacía o preferencia de la CADH viene dada por el control de convencionalidad, el rango constitucional que algunas Constituciones reconocen a la Convención, y por la limitación de la soberanía por los derechos que se encuentra en el *corpus iuris* interamericano. Todo ello facilita la inaplicación. El doble interrogante es si resta espacio en la realidad para esta última *ratio* y medir el nivel de los problemas que suscita.

Las críticas a la legitimidad de las decisiones del TEDH o la Corte IDH en casos polémicos para las opiniones públicas son costes colaterales inevitables en una jurisdicción sobre derechos, que no puede renunciar a garantizarlos, pero ambos juzgadores deberían encontrar momentos y ritmos adecuados de cumplimiento de sus decisiones para no perder el consentimiento de los Estados.

La obligación de respetar las sentencias y garantizar los derechos es una condición de supervivencia de ambos sistemas y conecta con la imposición de medidas generales de reparación, que es la otra cara de una interpretación vinculante.

La recepción interna del acervo convencional es perceptible en las normas constitucionales de cada país, en los orígenes de la jurisprudencia constitucional, así como en las modificaciones sobrevenidas de sus estándares, y en las interacciones entre las declaraciones de derechos. Sus

destinatarios son todos los poderes públicos, obligados a armonizar los derechos y las normas de acuerdo con la nueva jurisprudencia. Las sentencias que declaran una ley "inconvencional" determinan una obligación de modificación normativa que se asemeja a una invalidez con eficacia diferida. Pueden demandar un cambio de normas internas de cualquier rango. No obstante, debería reconocerse una presunción de convencionalidad de las leyes. Las sentencias convencionales interpretativas, de estimación o rechazo, son inevitables y frecuentes; a veces entrañan en Europa una *pragmatic approach* antes de declarar la violación del Convenio y generar un vacío normativo.

La cosa interpretada que es propia de una interpretación vinculante deriva del carácter del TEDH y de la Corte IDH como intérpretes supremos de sus sistemas; algo semejante a los tribunales constitucionales. Esta eficacia se proyecta sobre una concurrencia de jurisdicciones en la protección de los derechos que debe ordenarse mejor conforme a nuevos criterios. La objetivación del amparo europeo e interamericano es uno de ellos.

Una interpretación vinculante emana de la identidad de supuestos de hecho e interpretaciones y no de la identidad de partes. Frente a las sentencias convencionales no cabe recurso alguno, son finales, y poseen autoridad material sobre el fondo del asunto. Pero su eficacia se aproxima a la vinculación a las sentencias constitucionales en su valor *erga omnes*. Puede haber un margen de apreciación en su exégesis y diversa intensidad en la vinculación según los poderes públicos de que se trate. Al modo de las sentencias constitucionales, debe bastar con un precedente, pero, en la realidad, como toda jurisprudencia, su consolidación depende de su capacidad suasoria. Los precedentes deben aplicarse mediante las técnicas de la distinción de los hechos y de la limitación de los efectos y, desde luego, pueden revocarse, pero con alcance general y no al modo de un quebrantamiento.

La principal limitación de una interpretación vinculante es la autocontención de un juzgador internacional prudente. Algunos falsos límites son la omnipotencia del legislador democrático, que haría imposible ambos sistemas regionales, pues las dos Cortes juegan un rol contramayoritario; y también un entendimiento absolutista de la soberanía y del margen de apreciación nacional, y ciertas comprensiones de los derechos ligadas a estas ideas, que a menudo varían con la simple alternancia de los gobiernos.

Entre las limitaciones verdaderas de un juzgador convencional se encuentran las siguientes. La conveniencia de estudiar el *common background* regional mediante un método comparado. Dictar interpretaciones no uniformizadoras siempre que sea posible. No revisar plenamente los hechos ya enjuiciados en los Estados con distanciamiento ni la legalidad ordinaria. Ceñirse con preferencia a las medidas generales de reparación y dejar una libertad de configuración normativa en el cumplimiento; por las mismas razones, las medidas individuales no deberían ser excesivas ni exhaustivas en su concreción. Es menester cierta confianza en los Estados en el cumplimiento como condición de supervivencia del sistema. Debemos tomarnos en serio que el TEDH y la Corte IDH son los intérpretes supremos de ambos sistemas convencionales, esto entraña una gran autoridad, pero también ciertas limitaciones que preserven el delicado equilibrio propio de una protección internacional.

36. ¿El tribunal de los tribunales? Los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su rol "constitucional"

Eloisa Denia Cosimo*

(Traducido por Armando Navarro Pérez,

Lol-Ha Canul Escobedo y Mario Alberto González Cárdenas)

* LLM en Droit européen por la Universidad Libre de Bruselas (ULB). Doctora en Teoría del derecho y Ordenamiento jurídico europeo por la Universidad "Magna Graecia" de Catanzaro. Doy las gracias al Doctor Fabio Filpo, Referendario del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por sus comentarios sobre este trabajo.

SUMARIO: A. Introducción. B. Premisa metodológica. I. La existencia de un marco jurídico constitucional. II. La competencia del Tribunal y sus limitaciones. C. Las sentencias del Tribunal de Justicia y sus efectos. I. El recurso de anulación y los efectos de la sentencia. II. El recurso por omisión y los efectos de la sentencia. III. El recurso de responsabilidad extracontractual y los efectos de la sentencia. IV. El recurso por incumplimiento y los efectos de la sentencia. V. Los otros tipos de recursos. D. La Unión de Derecho y la cuestión prejudicial: ¿una forma peculiar de orden constitucional? I. En la búsqueda de los indicios de constitucionalidad: el procedimiento de cuestión prejudicial de interpretación. II. La debida remisión de los tribunales superiores. III. Los efectos de la sentencia. IV. La primacía de la interpretación del Tribunal de Justicia sobre la identidad constitucional de los Estados miembros. E. Conclusiones.

A. Introducción

¿El Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede configurarse como un Tribunal Constitucional respecto a las magistraturas constitucionales de los Estados miembros? La progresiva delegación de soberanía de los Estados miembros, respecto de la Unión y la dependencia de la interpretación de las normas del Derecho de la Unión por parte del Tribunal de Luxemburgo, debe concebirse como constitutiva de una relación jerárquica establecida en el ámbito estatal entre los denominados jueces "menores" y el juez constitucional, ¿o acaso debe configurarse como una interdependencia entre tribunales constitucionales del mismo nivel, que dialoguen sin que uno prevalezca sobre el otro?

Con el fin de responder estas interrogantes analizaremos los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia en los principales ámbitos en los que se puede recurrir a ella.

Dado que, como se observa en la doctrina,¹ no hay una noción unívoca de un Tribunal Constitucional, hay unanimidad en considerar que un órgano de este tipo puede considerarse existente si existe una Constitución y un juez que defienda su contenido. Nuestra definición de Constitución representa la síntesis de dos teorías opuestas que, a nivel doctrinal, son mayoritarias: la *teoría descriptiva* de Aristóteles que describe a las instituciones y su gobierno dentro de la *polis*,² y la *llamada normativista*, propuesta por Kelsen, la cual no se limita a describir la estructura institucional del Estado, sino que la define de manera prescriptiva delineando la composición de las instituciones y sus facultades atribuidas.³

Tras haber aceptado la existencia en la Unión de un marco constitucional,⁴ pasaremos a analizar el rol del Tribunal de Justicia a través de los efectos de sus sentencias más importantes, para así determinar si existe o no evidencia o al menos "indicios de constitucionalidad" que denoten en su funcionamiento.

¹ B. Vesterdorf, A constitutional court for the EU?, *I-CON*, vol. 4, n. 4, 2006, pp. 607–617, afirma que: «There is no single accepted definition of what a “constitutional court” is, but everyone would probably agree that, at a minimum, it requires, first, a “constitution” (or any other “supreme law of the land” or Magna Charta) and, second, a court defending and interpreting this basic charter».

² Aristóteles, *Politics*, Oxford World's Classics, 2013, p. 73, «A constitution may be defined as the organization of the city, in respect of its offices generally, but especially in respect of that particular office which is sovereign in all issues. The civic body is everywhere the sovereign of the city; in fact the civic body is the constitution itself». Nello stesso senso descrittivo, T. Martínez, *cit.*, p. 193 e ss., secondo il quale: «La costituzione dello Stato (è) intesa come complesso di regole che esprimono in un sistema unitario ed armonico i principi e gli istituti fondamentali dell'assetto di uno Stato, può essere scritta o non scritta (consuetudinaria)».

³ La Constitución es la norma fundamental, la *Grundnorm* que regula el desarrollo legislativo. *Cfr.*, R. Schütze, en *European Constitutional Law*, p. v, «Within the last two hundred years, this formal definition also competed with a material understanding of what a constitution *ought to be*. This third way of looking behind the concept of “constitution” links it to particular political principles».

⁴ Véase B. Vesterdorf, *cit.*, ritiene, che i Trattati soddisfino pienamente le tre funzioni che sono rinvenibili in una Costituzione, poiché: «In classical terms, a constitution performs three main functions. First, it organizes and allocates powers among the different governing bodies within a given society. We could call these a constitution's horizontal provisions. Second, it provides for the protection of certain principles and individual rights, which, for the very reason that they derive from the constitution, are called “fundamental”. These we could term its vertical provisions. The third function is to provide safeguards to ensure that the governing bodies, in exercising the powers granted to them under the horizontal provisions, do not infringe the rights granted to individuals under the vertical provisions».

El análisis será realizado desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea⁵, evitando los criterios de los tribunales constitucionales nacionales. En este sentido, dicho sea de paso que en el momento histórico actual en el que aterrizan nuestras reflexiones existe una mayoría de Estados miembros que han reconocido (desde un inicio y con el paso del tiempo) la supremacía del Derecho de la Unión. Existe una minoría de Estados miembros que han refutado recientemente el fundamento del principio de primacía del Derecho de la Unión sobre el derecho interno y sobre la delegación de soberanía de éstos a la Unión. Este fenómeno se produjo en respuesta a una decisión de "invalidez" del Tribunal de Justicia sobre legislación nacional contraria al Derecho de la Unión. La crítica recurrente es que la transferencia de soberanía que los Estados miembros han llevado a cabo a favor de la Unión no legitima al Tribunal de Justicia (o a las otras instituciones de la Unión) por haberse efectuado sobre la base de una delegación de soberanía considerada como "indirecta", la cual difiere profundamente de los cimientos de una democracia, la cual legitimaría, por el contrario, la existencia de un verdadero Tribunal Constitucional.⁶

⁵ En lo sucesivo UE o la Unión.

⁶ La referencia es sobre todo a la reciente sentencia K3/21 del Tribunal Constitucional polaco del 7 de octubre de 2021, «<https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>», según la cual: «los organismos de la Unión Europea funcionan fuera de los límites de la competencia concedida por la República de Polonia y por tanto, determinadas disposiciones del Tratado de Adhesión son inconstitucionales». El Tribunal Constitucional polaco ha afirmado que la adhesión de los países a la Unión y la firma de los Tratados no equivale a conferir al Tribunal de Justicia la autoridad legal suprema y no significa que Polonia está transfiriendo su soberanía a la Unión Europea. Para un primer comentario de la decisión, véase D. Poinson, "La décision du Tribunal constitutionnel polonais du 7 octobre 2021 : un nouveau recul de l'Etat de droit en Pologne", en «<https://afee-cedece.eu/la-decision-du-tribunal-constitutionnel-polonais-du-7-octobre-2021-un-nouveau-recul-de-letat-de-droit-en-pologne/>»; P. Manzini, Verso un recesso *de facto* della Polonia dall'Unione europea?, en revista. eurojus.it, n. 4, 2021, consultable en: «<http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/Manzini-Polexit.pdf>».

La decisión del Tribunal Constitucional polaco se dictó en consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia (C-487/2019) en la cual se invalidó la reforma judicial del gobierno polaco, en la que, desafiando al principio de separación de poderes, se introduce un nuevo órgano disciplinario de la magistratura, los miembros son, de hecho, nombrados por el Poder Ejecutivo, mermando el principio de separación de poderes y la independencia "externa" del Poder Judicial. Con una resolución

En las siguientes páginas analizaremos, por un lado, los efectos de las sentencias del Tribunal en los principales supuestos en las que es posible recurrir a él; por el otro, nos centraremos en particular en el mecanismo de la cuestión prejudicial, el cual representa el corazón pulsante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,⁷ ya que éste le permite al tribunal interno dirigir al Tribunal de Justicia sus dudas sobre el Derecho de la Unión.

Sobre el primer punto, la investigación se delimitará a estudiar las sentencias del Tribunal de Justicia en el contexto de los llamados recursos "directos" y sus efectos.

Sobre el segundo punto, la investigación examinará, en particular, el mecanismo de la cuestión prejudicial obligatoria realizada únicamente por tribunales superiores de última instancia, las cual haya sido realizada en contra de decisiones en las cuales no existe recurso de impugnación alguno. Todo lo anterior a la luz de la reciente sentencia del 6 de octubre de 2021, dictada en la gran sala del Tribunal de Justicia, en la cual se analizan las excepciones de la cuestión prejudicial obligatoria, las únicas llamadas a "iluminar" a los jueces internos sobre el alcance de la norma que deberán aplicar al caso concreto que se les someta.

adoptada por mayoría el 20 de octubre de 2021, el Parlamento Europeo reaccionó con firmeza a la sentencia del Tribunal Constitucional polaco, afirmando que la decisión del Tribunal había sido "profundamente deplorable": «Illégitime du 7 octobre 2021, qui constitue une attaque contre la communauté européenne de valeurs et de lois dans son ensemble, portant atteinte à la primauté du droit de l'Union, l'un de ses principes fondamentaux conformément à une jurisprudence bien établie de la Cour de justice de l'Union européenne; se dit vivement préoccupé par le fait que cette décision pourrait constituer un précédent dangereux; souligne que non seulement la Cour constitutionnelle» illégitime manque de validité juridique et d'indépendance, mais n'est pas non plus compétente pour interpréter la Constitution en Pologne»(21), en: «https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0439_FR.html». El asunto continúa mientras escribimos estas líneas. El 27 de octubre de 2021 mediante auto dictado en el caso C-204/21 R, el Tribunal de Justicia ordenó a Polonia el pago de una multa de un millón de euros por cada día de retraso en el cumplimiento de las disposiciones del auto dictado el 14 de julio de 2021 o de la sentencia definitiva.

⁷ N. de los T.: Cabe destacar que la autora utiliza los términos Tribunal de Justicia y/o Tribunal de Luxemburgo para referirse al TJUE.

B. Premisa metodológica

I. La existencia de un marco jurídico constitucional

Nuestro análisis debe partir a nivel metodológico de una cuestión prioritaria; existen o no los dos requisitos que habíamos advertido como constitutivos de un ordenamiento constitucional al interior de la UE,⁸ es decir, la existencia de una Constitución y de un juez llamado a hacerla respetar. ¿Existe, por tanto, un catálogo de derechos fundamentales de los ciudadanos y de normas que regulan las competencias del ordenamiento jurídico de la UE?⁹ Esta pregunta tiene una respuesta positiva. En el ordenamiento jurídico de la Unión existe un conjunto de normas que regulan el ejercicio del poder —identificado y estructurado sobre la concepción tripartita de Montesquieu: el Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial—,¹⁰ y «la Unión se basa en los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad; se basa en el principio de la democracia y el principio del Estado de Derecho. Sitúa a la persona en el centro de su acción mediante el establecimiento de la ciudadanía de la Unión y la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia».¹¹ La adopción de una Carta de Derechos Fundamentales incorporada al Tratado de Lisboa nos lleva a afirmar que existe

⁸ Para un análisis de los diversos perfiles de constitucionalidad existentes en la Unión Europea, véanse las contribuciones de: D. Maus, *L'Europe constitutionnelle*, V. Constantinesco, *La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales : convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ?*, A. Levade, *Identité constitutionnelle et exigence existentielle : comment concilier l'inconciliable*, tutti contenuti in C. Boutayeb, J.-C. Masclat, S. Rodrigues, H. Ruiz-Fabri (a cura di), *L'Union européenne: Union de droit, Union des droits. Mélanges Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010.

⁹ Entre todos los autores que han reflexionado sobre esta cuestión, nos referimos al menos a F. Jacobs, ¿El Tribunal de Justicia como el Tribunal Supremo de Europa?, en *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, 2018, pp. 409-423; R. Schütze, *European Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, pp. xiii-xvii.

¹⁰ Così C.-L. de Secondat, mejor conocido como Montesquieu, en *De l'esprit des lois*, Livres I-IV, Le belles lettres, Parigi, 1950, p. 96.

¹¹ Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Al respecto, véase K. Lenaerts, "Respeto de los derechos fundamentales como principio constitucional de la Unión Europea", *Columbia Journal of European Law*, 2000, pp. 1 y ss.

un catálogo de derechos fundamentales y a considerar que, ciertamente, existe en el ordenamiento jurídico de la Unión un requisito previo más general: «estamos ante un grupo social que se propone alcanzar un objetivo fundamental (que constituye la razón misma de su existencia) y se da una organización dirigida a su consecución».¹²

La UE se configura, según el mismo Tribunal de Justicia, como una «Comunidad de Derecho», dotada de un «marco constitucional».¹³ El Tribunal de Justicia declaró que «se incluyen en este marco los valores fundamentales enunciados en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea»¹⁴, así como los principios generales del Derecho de la Unión, las disposiciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁵, en particular las disposiciones de los Tratados, las normas sobre atribución y reparto de competencias, las normas de funcionamiento de las instituciones de la Unión Europea. La Unión y su sistema jurisdiccional, así como las normas básicas en ámbitos específicos, se encuentran estructuradas para contribuir a completar el proceso de integración a que se refiere el artículo 1, párrafo segundo, del TUE.¹⁶

El marco constitucional de la UE les da prevalencia a los derechos fundamentales, los cuales —como el Tribunal de Justicia afirmó hace más de treinta años— deben ser protegidos contra el derecho internacional¹⁷ y se colocan al centro del ordenamiento constitucional, que esté dentro

¹² Così T. Martines, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, 2020, p. 191. Una visión crítica, que considera una recepción excesiva del derecho constitucional en el Derecho de la Unión, véase B. de Witte, "Too Much Constitutional Law in the European Union's Foreign Relations?", en M. Cremona, B. de Witte (editor), *Eu Foreign Relations Law-Constitutional Fundamentals*, Hart, Londra, 2008.

¹³ Véase TJUE, C-294/83, de 23 de abril de 1986, *Parti Ecologiste «Les Verts» /Parlamento Europeo*, sentencia en la que el Tribunal de Justicia señala que: «la Comunidad Económica Europea es una comunidad basada en el Estado de Derecho en el sentido de que ni los Estados que son miembros de ella ni sus instituciones están exentos del control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional básica constituida por el Tratado. En particular, los artículos 173 y 184, por una parte, y el artículo 177, por otra, el Tratado estableció un sistema global de recursos y procedimientos destinados a confiar al Tribunal de Justicia un control de legalidad de los actos de las instituciones».

¹⁴ En lo sucesivo TUE.

¹⁵ En lo sucesivo la Carta.

¹⁶ Dictamen 1/17, del 30 abril de 2019.

¹⁷ Dictamen 1/91, del 14 diciembre de 1991.

del Derecho de la Unión y sea independiente de otros sistemas jurídicos. La adhesión a un acuerdo internacional tampoco puede afectar al orden de competencias establecido por los Tratados ni a la autonomía del sistema jurídico de la Unión, la que el Tribunal de Justicia «en cuanto Tribunal Constitucional» garantiza.¹⁸

Los Tratados, en conjunto con la Carta,¹⁹ contienen los ideales en los que se funda la UE, los valores universales de la dignidad humana: libertad, igualdad y solidaridad, los cuales han creado un espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos, basándose en la democracia y en el Estado de Derecho. El Tribunal de Justicia es, por tanto, el juez de los valores de la UE.²⁰

No obstante las puntuales afirmaciones del Tribunal de Justicia sobre la delimitación del marco constitucional del ordenamiento jurídico de la

¹⁸ Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, del 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*.

¹⁹ Sobre la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, véase a S. Peers, T. Harvey, J. Kenner, A. Ward (editor), *The EU Charter of Fundamental Rights, A commentary*, Portland, Oxford, 2014. R. Mastroianni, O. Pollicino, F. Pappalardo, O. Razzolini (editor), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milán, Giuffrè, 2017, p. xii: «El Tribunal de Justicia ha encontrado en la Carta la principal fuente de referencia para establecer —más allá de cualquier sentencia— un sistema sólido y de fácil acceso para garantizar los derechos fundamentales de protección de cualquier persona que tenga que ver con las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como con los Estados miembros cuando aplican las normas europeas, el texto de la Carta, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, ha hecho uso de la contribución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los tribunales constitucionales nacionales, pero, en una forma avanzada de "circularidad" de las soluciones jurídicas, ha terminado inspirando y orientando a los demás tribunales, lo que supone un claro avance en términos de calidad e intensidad del *ius commune europaeum*».

²⁰ *Cfr.*, E. Cannizzaro, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione Europea*, en *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, Giappichelli, 2018, pp. 158-169, estos valores están inspirados en los artículos 8-12 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Para una análisis de los valores jurídicos véase a L.S. Rossi, *Il valore giuridico dei valori*, in *Federalismi*, n. 19, 2020, «<https://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=562>», pp. iv y ss., según el cual «El artículo 2 del TUE, introducido por el Tratado de Lisboa, expresa las profundas raíces y la identidad de la Unión Europea y, al mismo tiempo, esboza el contrato social en el que se basa.» Como indica el autor, este artículo consta de dos frases: la primera indica los valores en los que se basa la Unión, a saber, los valores de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías, mientras que la segunda indica que estos valores son comunes a los Estados miembros, y luego evoca otros valores que caracterizan a la "sociedad" de estos Estados.

Unión, la doctrina no es unánime sobre la existencia de un derecho constitucional de la UE, y se dividen entre quienes la defienden²¹ en su individualidad y autonomía del derecho internacional, y entre quienes la niegan.²²

En el marco de quienes sostienen la existencia de un *corpus constitucio-
nal* en el sistema jurídico de la Unión, están, por un lado, aquellos que afirman que el Tribunal de Justicia formaría parte de un constitucionalismo llamado "multinivel"²³ y, por el otro, quienes lo conciben como el resultado del equilibrio entre los principios estructurales de la Unión y la apertura del derecho internacional público.²⁴ Desde esta perspectiva, los fundamentos constitucionales de la Unión deberían basarse en los principios de primacía, del efecto directo, del equilibrio institucional y en el respeto de los derechos fundamentales, los cuales son necesarios para identificar el núcleo fundante, a fin de preservar la autonomía y el carácter permanente de la Unión.

II. La competencia del Tribunal de Justicia y sus límites

Lo que parece indudable es la existencia de un Tribunal llamado a defender el sistema jurídico de la Unión. La finalidad del Tribunal de Justicia, como manifiesta el artículo 19 del TUE, es «garantizar el respeto de la ley en la interpretación y aplicación de los Tratados». Otro dato a considerar es que la tipología de sentencias en el ámbito jurídico de la Unión es el fruto de impugnaciones de diversos tipos, los cuales presuponen

²¹ Sobre el carácter constitucional de la Unión Europea, véase entre otros, K. Laenarts, "In The Constitution for Europe: Fiction or Reality?", *Columbia Journal of European Law*, 2005, p. 465, y H. Gaudin, "La Cour de justice, juridiction constitutionnelle", *R.A.E.*, 2000, p. 209.

²² Para una opinión contraria al carácter constitucional del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, véase a L. Favoreu, *Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des Cours constitutionnelles*, in *Mélanges en l'honneur de L. Dubouis, Au carrefour des droits*, Dalloz, Parigi, 2002, pp. 35-45.

²³ I. Pernice, "Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited?", in *Common Market Law Review*, 1999, p. 703.

²⁴ Così K. Laenarts, "Les fondaments constitutionnels de l'Union européenne dans leurs rapport avec le droit international", en A. Tizzano, A. Rosas, R. Silva de Lapuerta, K. Lenaerts, J. Kokott (editor), *Liber amicorum Vassilios Skouris*, Larcier, 2015, p. 370.

que los Estados miembros han atribuido a la UE la competencia en un ámbito determinado.²⁵ En efecto, como es sabido, a diferencia de los 27 Estados que la componen, la Unión no goza de la llamada *kompetenz-kompetenz*, es decir, de la posibilidad de *autoasignarse* una competencia, al igual que muchas organizaciones internacionales.

Como ella misma tuvo la oportunidad de aclarar, a diferencia de las organizaciones internacionales "clásicas", la Unión constituye un ordenamiento jurídico novedoso en el ámbito del derecho internacional, en favor de la cual los Estados miembros han delegado o transferido parte importante de su soberanía.²⁶ Así pues, como se verá más adelante, si un Estado desacata dicho acuerdo de competencias a la Unión, el Tribunal de Justicia podrá declarar una infracción por parte de este último mediante un recurso de incumplimiento.²⁷ Si se ha producido una invasión

²⁵ No es superfluo recordar a los estudiosos de otros sistemas que la UE tiene competencias exclusivas en los ámbitos indicados por los Tratados y que, en este ámbito delimitado por las competencias de los Estados miembros, actúa para alcanzar los objetivos fijados por éstos (apartado 2 del artículo 5 del TUE). El Tratado de Lisboa ha dado lugar a una simplificación de los tipos de competencias, distinguiendo entre: competencias exclusivas, en las que sólo la Unión puede legislar, enumeradas taxativamente en el art. 3 del TFUE (unión aduanera; definición de las normas necesarias para el funcionamiento del mercado interior; política monetaria para los Estados cuya moneda es el euro; conservación tanto como una organización que tiene en sí misma características propias que la caracterizan de manera peculiar dentro del mundo jurídico, como se afirma en de los recursos biológicos marinos en el marco de la política pesquera común; política comercial común); 4, párr. 2, del TFUE (Mercado Interior; Política Social, en los aspectos definidos por el Tratado; Cohesión Económica, Social y Territorial; Agricultura y Pesca, excepto la conservación de los recursos biológicos marinos; Medio Ambiente; Protección de los Consumidores; Transporte, Redes Transeuropeas; Energía, Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia; Problemas comunes de Seguridad en materia de Salud Pública) en los que — aunque la Unión tenga una especie de preferencia en el ejercicio de la competencia, que, si se hace valer, impide a los Estados miembros intervenir. Sin embargo, si no actúa, los Estados tienen derecho a legislar. Por último, existen las c. d. competencias complementarias o de apoyo, mencionadas en el artículo 6 del TFUE (Protección y mejora de la salud humana; Industria; Cultura; Turismo; Educación; Formación Profesional; Juventud y Deporte; Protección Civil; Cooperación Administrativa), en cuyo marco la Unión dispone de competencia para llevar a cabo acciones destinadas a apoyar, coordinar o completar la acción de los Estados miembros. Sobre el sistema de competencias, véase C. Blumann, L. Dubois, *Droit institution de l'Union européenne*, Lexis Nexis, 2016, pp. 441 y ss.

²⁶ La originalidad ha sido reconocida por el propio Tribunal de Justicia desde el principio en relación al derecho internacional, en C-26/62, 5 de febrero de 1963, *van Gend en Loos*, tanto como una organización que tiene en sí misma características propias que la caracterizan de manera peculiar dentro del mundo jurídico, como se afirma en C-6/64, 15 de julio de 1964, *Costa/ENEL*.

²⁷ Un ejemplo de esto puede encontrarse en el caso llamado: "*Open Skies*", C-466/98, 5 de noviembre de 2002, *Commissione/Regno Unito*, en el que el Tribunal de Justicia constató una infracción por

de competencias y la Unión no actúa, puede ser invalidada a través del recurso por omisión. Del mismo modo, si la Unión actúa en un ámbito en el que carece de competencia, el Tribunal de Justicia puede declarar la ilegalidad de la Unión y anular el acto de que se trate.

No obstante, cuando los Estados conservan su soberanía, en el marco de sus competencias "exclusivas", el ejercicio de dicha competencia se enmarca en las exigencias de la Unión, que obligan a los Estados miembros a respetar los Tratados a los que están obligados, material como procesalmente,²⁸ en virtud del principio *pacta sunt servanda*.

La tutela jurisdiccional dentro de la Unión es el resultado de una construcción jurídica «original», en la que participan —como se verá— dos órganos, incluidos en la noción general de Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el Tribunal de Justicia propiamente dicho²⁹ y el Tribunal General.³⁰ Además de estas dos instancias, el Tratado prevé una tercera,

parte de ocho Estados miembros que habían contraído o mantenido en vigor obligaciones internacionales con un tercer Estado en el ámbito del transporte aéreo, infringiendo el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

²⁸ Al respecto, véase a K. Lenaerts, "L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des États membres", en *Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jaqué*, Dalloz, 2010, pp. 421 y ss.

²⁹ Tal vez, no sea ocioso recordar que la Corte, como es conocido, fue creada en 1952 y está compuesta por un juez por cada Estado miembro de la Unión, por lo que la componen 27 Estados, y está estructurada por 10 abogados generales (once antes de la salida del Reino Unido de la Unión), los cuales desempeñan la labor de asesorar mediante *amicus curiae*, con la finalidad de allegar al Tribunal de Justicia una tentativa solución jurídica a la problemática expuesta en el caso concreto. El número de los abogados generales que no coincide con el número de los Estados miembros se debe a que cinco de ellos se asignan permanentemente a los Estados más densamente poblados: Italia, Francia, Alemania, España y Polonia. Los otros cinco se asignan por rotación a los Estados restantes. Tanto los jueces como los abogados generales son elegidos por los Estados y son sometidos a examinación ante un comité — compuesto por siete personalidades entre las que están miembros antiguos del Tribunal de Justicia, del Tribunal de Primera Instancia, miembros de tribunales constitucionales de los diferentes Estados y juristas de reconocida trascendencia — encargado de evaluar la idoneidad de los candidatos. Los jueces y abogados tendrán un mandato de seis años, renovable. Los Jueces del Tribunal de Justicia elegirán a su Presidente por un periodo de tres años, renovable. El Tribunal de Justicia en su conjunto se renueva parcialmente cada tres años, con el fin de evitar cambios demasiado bruscos que puedan alterar su jurisprudencia.

³⁰ Puede ser útil recordar que el Tribunal de Primera Instancia se creó en 1988 e incluye al menos un juez por cada Estado miembro. Institucionalmente no hay abogados generales, pero este papel puede ser desempeñado por un juez si resulta necesario. La competencia del Tribunal de Primera Instancia está vinculada, con el fin de simplificar la tramitación de los recursos directos —de anulación, por omisión y por responsabilidad contractual y extracontractual de la Unión— interpuestos

los tribunales denominados «especializados» por materia, que en la actualidad no funcionan.³¹

El Tribunal de Justicia, como se ha indicado anteriormente, goza de competencia atribuida y exclusiva, y sólo puede interpretar el Derecho de la Unión dentro de los límites de las competencias que le han sido atribuidas.³² Regula esencialmente en tres asuntos, también previstos en el artículo 19 TUE: «a) los recursos interpuestos por un Estado miembro, una institución o una persona física o jurídica; b) mediante una decisión prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones; c) en los demás casos previstos en los Tratados».

El sistema del Derecho de la Unión en su relación con el derecho nacional (con los distintos Estados miembros) se basa, como es bien sabido, en los principios de primacía y efecto directo, que de alguna manera representan los Pilares de Hércules que rigen el edificio constitucional de la Unión.

En virtud de la primacía, el Derecho de la Unión *prevalece* sobre el derecho nacional y la interpretación conforme de una norma interna con el Derecho de la Unión prevista por un Tribunal Constitucional nacional. Al respecto, mientras redactamos estas reflexiones, el Tribunal de Justicia ha llegado a afirmar que el principio de primacía del Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa o práctica nacional que permite impugnar una decisión judicial de un órgano jurisdiccional nacional por contravenir la jurisprudencia del

por los demandantes «no privilegiados» y a los recursos de carácter económico, en materias como la competencia, las ayudas de Estado o la función pública.

³¹ El artículo 19 del TUE refiere la existencia de órganos jurisdiccionales especializados por materia. En 2004 se creó un tercer órgano jurisdiccional, el Tribunal de la Función Pública, con competencia sobre los empleados y funcionarios de las instituciones, que dejó de existir en 2016, transfiriendo sus competencias al Tribunal General.

³² C-265/13, 27 de marzo de 2014, *Torralbo Marcos*.

Tribunal de Justicia, apartándose de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nacional.³³ El Tribunal de Justicia es, por tanto, el intérprete exclusivo y privilegiado del Derecho de la Unión, y su interpretación es la luz orientadora para los órganos jurisdiccionales nacionales, los cuales son libres de seguir sus fallos y/o de disentir de la interpretación y afirmación de constitucionalidad realizada por sus jueces constitucionales, sin temor de enfrentarse al riesgo de procedimientos disciplinarios y sancionadores.

En virtud del efecto directo, que se ha afirmado desde el principio,³⁴ las disposiciones de la legislación de la Unión que son suficientemente claras y no están sujetas a condiciones³⁵ se aplican directamente a las personas

³³ C430/21, de 22 de febrero de 2022, *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*. En el presente caso, el órgano jurisdiccional rumano planteó al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales destinadas, fundamentalmente, para determinar si el principio de independencia del Poder Judicial, consagrado en el artículo 19, apartado 1, párrafo segundo, del TUE, en relación con el artículo 2 del TUE y el artículo 47 de la Carta, se oponían a una disposición de la legislación nacional de un Estado miembro, en virtud de que los órganos jurisdiccionales nacionales no son competentes para examinar la conformidad de una disposición nacional con el Derecho de la Unión y más si ésta fue declarada constitucional por el Tribunal Constitucional de dicho Estado miembro y, en caso de proceder a tal, pudieran ser objeto de un procedimiento sancionador y disciplinario.

³⁴ Caso C-26/62, 5 de febrero de 1963, *van Gend & Loos*, en la que el Tribunal de Justicia declaró que las disposiciones relativas a los derechos de aduana y a las restricciones cuantitativas y a las medidas de efecto equivalente eran suficientemente claras y precisas para tener efecto directo. Véase a H. Gaudin, M. Blanquet, J. Andriantsimombazovina, F. Fines (a cura di), *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, Dalloz, 2014, pp. 562-563, la sentencia constituye una decisión muy importante del Tribunal de Justicia «en la medida en que formalizó, incluso más allá de los criterios de efecto directo controvertidos, los contornos del ordenamiento jurídico comunitario y su lógica muy específica, en un momento de integración en el que tales aclaraciones eran más que necesarias para evitar una disolución "internacional" de la integración europea».

³⁵ Según la fórmula utilizada por el Tribunal de Justicia desde el famoso caso *Ratti* (C-148/78, de 5 de abril de 1979). El efecto directo es una cualidad intrínseca de la norma, que debe determinarse caso por caso. El carácter incondicional —que debe entenderse como la ausencia de subordinación de la disposición de que se trata a una medida adicional que implica una facultad de apreciación tanto de las instituciones u órganos de la Unión como de los Estados miembros o de ambos— es a veces específico de una categoría particular de normas, que la poseen como tales. Este es el caso de las siguientes disposiciones: a) disposiciones de los Tratados que establecen la obligación de no hacerlo; b) los reglamentos, que (salvo cuando carecen de exhaustividad normativa, como cuando dejan a los Estados un margen de apreciación considerable en la aplicación) son directamente aplicables, en virtud del artículo 288 del TFUE, en cada Estado miembro, gozando así de pleno efecto directo, tanto vertical —es decir, frente a un Estado— como horizontal, frente a otras entidades jurídicas; c) las directivas, que si son incondicionales y suficientemente precisas, pueden, una vez expirado el plazo para la transposición por el Estado a su derecho interno, gozar de un efecto directo denominado "vertical", pudiendo invocarse contra el Estado, pero no contra particulares, que-

físicas y jurídicas, y pueden ser invocadas por ellas en los procedimientos judiciales, sin ninguna "intermediación" de una norma nacional.³⁶ Gracias al efecto directo, la sociedad europea deja de ser una sociedad disminuida, así todas las personas gozan de reconocimiento y dignidad como sujetos del Derecho de la Unión.³⁷ El reconocimiento del efecto directo de una norma de Derecho de la UE transforma, en cierto modo, al derecho internacional, al crear, por así decirlo, una "dinámica" de reconocimiento de derechos (y obligaciones) propios de los sistemas jurídicos estatales que hacen que una norma sea «suficientemente operativa para ser aplicada por un órgano jurisdiccional».³⁸ En particular, los derechos nacen de los individuos no sólo cuando los Tratados los reconocen explícitamente, sino también debido a las obligaciones reglamentarias que el Derecho de la Unión impone de manera clara, tanto a los individuos como a los Estados miembros. La determinación de las obligaciones que incumben a los Estados crea una situación jurídica activa que los particulares pueden invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

dando excluido en teoría un efecto directo incluso sobre una base "horizontal". Al respecto, debe señalarse que el Tribunal de Justicia ha llegado a este resultado en diversos casos combinando las disposiciones de una directiva con un principio general del Derecho; d) las decisiones, que pueden tener efecto directo si se dirigen a una empresa (como en el caso de una decisión por la que se impone una multa) o a un Estado miembro (cuando, por ejemplo, la Comisión prohíba el pago de una ayuda estatal mediante una decisión o exija al mismo instrumento jurídico que la recupere).

³⁶ Como señaló el Abogado General en sus conclusiones de 23 de septiembre de 2021 en el Caso C-205/20 *NV/ Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, el efecto directo «equivale a la fusión efectiva de dos conjuntos de normas aplicables a un asunto: el asunto nacional y el asunto de la Unión. Debe apreciarse en relación con una única norma jurídica o con la parte de la misma que deba aplicarse ante la autoridad nacional. Se determina de acuerdo con la naturaleza, el espíritu y la letra de la disposición en cuestión. Por lo tanto, procede preguntarse si la disposición controvertida es suficientemente clara, precisa e incondicional para ser invocada ante los tribunales».

³⁷ Así, L. Coutron, *Droit de l'Union européenne*, Dalloz, 2019, p. 104, quien afirma que: «la révolution engendrée par la construction européenne réside dans la possibilité pour les particuliers de s'approprier le droit de l'Union et de contraindre les autorités nationales à le respecter». El autor recuerda también que el efecto directo que puede prevalecer sobre los particulares no constituye una peculiaridad de la Unión y ya había sido afirmado en el ámbito internacional por la Corte Permanente de Justicia Internacional en la famosa Opinión *Compétence des tribunaux de Dantzig*, de 13 de marzo de 1928, en donde disponía que la intención de las partes signatarias del tratado internacional tenía por objeto reconocer el efecto directo de sus disposiciones está claramente establecido en el texto.

³⁸ El Abogado General Sr. G. Van Gerven, el 27 de octubre de 1993 en el caso *Banks* (C-128/92), señala a este respecto que «el carácter claro, preciso, incondicional, la exhaustividad o la perfección de la norma y su independencia de las medidas discrecionales de ejecución son, a este respecto, meros aspectos de la misma característica que debe tener la norma, es decir, debe ser posible ser aplicado por un órgano jurisdiccional a un caso concreto».

C. Las sentencias del Tribunal de Justicia y sus efectos

El sistema de tutela judicial es el requisito previo para configurar a la UE como una «comunidad de Derecho»³⁹ y «se basa en dos niveles procesales distintos pero funcionalmente vinculados»:⁴⁰ el de los recursos directos, por una parte —que pretende exigir al Tribunal de Luxemburgo que adopte directamente una decisión—, y el de la petición de decisión prejudicial, por otra, que compromete indirectamente al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión.⁴¹

Las acciones directas obligan al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre la legalidad de los actos de la Unión. El control se realiza con diferentes acciones, con diferentes finalidades: la acción de anulación, la acción por deficiencia, la acción por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, el litigio en el ámbito de la función pública. El Tribunal de Justicia es competente para conocer en primera y última instancia de los recursos directos importantes porque afectan a uno o varios Estados miembros o a un Estado y a una institución.

La cuestión prejudicial representa la "piedra angular" de la arquitectura judicial de la Unión y se basa en una lógica de cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que pueden interrogar al Tribunal de Justicia, en caso de dudas planteadas en la resolución de un asunto —*sobre el conjunto* de la legislación aplicable en la Unión—.

La presente investigación, como se ha señalado, se limitará únicamente a las sentencias del Tribunal de Justicia, que es un órgano jurisdiccional de única instancia en el caso de la *cuestión prejudicial* y es el único órgano jurisdiccional de instancia para determinados recursos, por ejemplo:

³⁹ Kadi, *cit.*

⁴⁰ Véase G. Tesaurò, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Napoles, Editoriale scientifica, 2020, p. 221.

⁴¹ Sobre el tema, nos referimos al menos a S. Mahieu (ed.), *Contentieux de l'Union européenne*, París, Larcier, 2014.

anulación u omisión interpuestas por una institución, los Estados miembros o el Banco Central Europeo. Para los demás supuestos el Tribunal de Justicia es un órgano jurisdiccional de apelación.⁴²

En este sentido, para una mayor eficacia expositiva, considerando que estas páginas nuestras también están destinadas al estudio de la doctrina de otros ordenamientos jurídicos, el análisis de los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia irá precedido —aunque sea brevemente— del análisis del marco normativo y jurisprudencial que subyace a los diferentes tipos de recursos que caracterizan al Derecho procesal de la Unión. En esta perspectiva, nos centraremos en la naturaleza del acto impugnado, en la legitimación activa, en la legitimación pasiva, que está relacionada con los autores de los actos contra los que es posible impugnar, en el plazo de impugnación y las causales o supuestos que permiten interponer un recurso.

Sólo una vez efectuadas estas aclaraciones, pasaremos al examen de los efectos de la sentencia a lo largo del tiempo, hacia las partes en el juicio y hacia los demás jueces que puedan verse afectados por el resultado de la sentencia, que debe entenderse tanto como el órgano jurisdiccional petionario, como aquellos órganos jurisdiccionales "terceros" respecto de la sentencia, es decir, los de los demás Estados miembros o incluso del mismo Estado al que pertenece el órgano jurisdiccional remitente.

I. El recurso de anulación y los efectos de la sentencia

El recurso de anulación está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴³

⁴²Para un análisis de las competencias del Tribunal de Justicia, véase a E. Guinchard, M.-P. Granger (ed.), *The New EU Judiciary, An analysis of Current Judicial Reforms*, Kluwers, 2017; S. Van Raepenbusch, *Le contrôle juridictionnel dans l'Union européenne*, Bruselas, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, 2018; AA. VV., *Commentaire Mégret*, vol. 10, Bruxelles, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, 1996; G. Vandersanden (ed.), *La réforme du système juridictionnel communautaire*, Bruselas, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, 1994.

⁴³ Sobre el recurso de anulación, véase al menos K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis (ed.), *Procedural Law of the European Union*, 2a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2006, pp. 7-001 y ss.

y tiene por objeto *anular un acto vinculante y definitivo de una institución de la Unión* destinado a tener efectos perjudiciales para terceros, ya que pretende modificar su situación jurídica en sentido negativo.⁴⁴ La estimación del recurso conduce, como se verá, a la eliminación del mundo jurídico del acto defectuoso, que es *tamquam non esset* (artículo 264 del TFUE).

La doctrina considera que el control de legalidad de los actos de las instituciones de la Unión hace del Tribunal de Justicia un tribunal administrativo.⁴⁵

Para impugnar la invalidez, como se mencionó, el acto debe ser vinculante y definitivo. Por lo que se refiere al carácter vinculante de los actos que pueden ser impugnados, pueden ser objeto de un recurso de anulación: los actos legislativos, los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Por lo tanto, en principio, sólo los reglamentos, directivas y decisiones son susceptibles de recurso. Sin embargo, al delimitar la categoría de actos que pueden ser impugnados, el Tribunal de Justicia no se limitó al *nomen juris* atribuido al acto por la institución, sino que llevó a cabo una investigación denominada "sustancial", que tiene en cuenta los efectos jurídicos producidos por el acto en el ámbito de sus destinatarios,⁴⁶ lo que puede conducir a la anulación incluso de

⁴⁴En la sentencia C-14/19 P, de 25 de junio de 2020, *EUSC/KF*, el Tribunal de Justicia declaró que las decisiones impugnadas cumplían los requisitos para ser consideradas actos recurribles, en el sentido del artículo 263 del TFUE. Tienen por objeto producir efectos jurídicos vinculantes que puedan afectar a los intereses del demandante, que es el destinatario de los mismos y a quien perjudican, alterando significativamente su situación jurídica.

⁴⁵ Así G. Tesaurò, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 340.

⁴⁶ Los tres tipos de actos definitivos de la Unión pueden ser atacados por un recurso de anulación. Ya el Tratado de Roma instaba al Tribunal de Justicia a "desenmascarar" las decisiones adoptadas bajo la apariencia de un reglamento. Aceptando la invitación, el tribunal luxemburgués llegó a la conclusión de que un acto puede ser "doble", lo que abarca en parte el carácter de un reglamento y en otra parte un conjunto de decisiones individuales. El Tribunal General, en la sentencia TPI, de 7 de octubre de 2009, *Vischim/Comisión*, T-420/05, llegó a reconocer que incluso una directiva puede afectar directa e individualmente a un particular. Como señala G. Tesaurò, p. 342, a este respecto,

un acto denominado "intermedio".⁴⁷ El acto debe formar parte del ejercicio de las funciones de las instituciones, por lo que es derivado del Derecho de la UE.⁴⁸

En cuanto al carácter definitivo del acto, es necesario que "cristalice" la posición de la institución que lo dictó, ya que los denominados "actos preparatorios" no pueden ser impugnados con el recurso de anulación.⁴⁹

La legitimación activa para interponer un recurso de anulación permite distinguir tres categorías de demandantes, que pueden clasificarse en orden decreciente en función de las prerrogativas que pueden ejercer ante los tribunales: a) los denominados demandantes "privilegiados", b) los demandantes "semiprivilegiados" y c) los demandantes "no privilegiados".

Los llamados solicitantes "privilegiados" pueden interponer una acción ante el Tribunal de Justicia sin tener que demostrar que su interés espe-

«una denominación aparentemente inocua del acto (por ejemplo, «comunicación», «instrucciones»), tal vez con la publicación relegada a la serie C del Diario Oficial, puede ocultar un acto que «pretende producir efectos jurídicos, con la consecuencia de que puede y debe ser impugnado, cuando se eviten sus implicaciones».

⁴⁷Como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia C650/18, de 3 de junio de 2021, *Hungría/Parlamento*, un acto intermedio que produzca efectos jurídicos autónomos puede ser impugnado mediante un recurso de anulación cuando no sea posible subsanar la ilegalidad que le afecta en el marco de un recurso de casación contra la resolución definitiva cuya fase de preparación constituye una fase de preparación. En la sentencia C431/20 P, de 6 de octubre de 2021, *Poggiolini/Parlamento*, el Tribunal de Justicia declaró que las notas del Parlamento Europeo que recalibraban las pensiones de los diputados por haber dado lugar a una reducción inmediata del importe de las pensiones de los demandantes, a partir de abril de 2019, podían ser impugnadas, teniendo en cuenta que la aplicación de dicha reducción no se suspendió a la espera de una reducción el resultado del procedimiento llevado a cabo por el Parlamento.

⁴⁸C-8-10/15 P, de 20 de septiembre de 2016, *Ledra Advertising Ltd y otros/Comisión y BCE*, apartados 51, 53 y 87.

⁴⁹Como recuerda G. Tesaro, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 343 y 344, «es... el acto por el que la Comisión declara que ha archivado definitivamente una denuncia de infracción de las normas de competencia puede ser impugnado; y, por tanto, también la apertura de un procedimiento de control de la compatibilidad de las ayudas estatales, en virtud del artículo 108 del TFUE, apartado 3, y a efectos del mismo [...] Los actos que autoricen o aprueben la celebración de un acuerdo también podrán ser impugnados, aunque ello se haga mediante una decisión que se dicte en el acta. El objeto del recurso también se consideró un acto de la Comisión que, aunque insertado en un procedimiento contractual complejo para la adjudicación de un contrato por un estado tercero financiado por la Unión, era sin embargo aislado como un acto de la Comisión adoptado en el ejercicio de su competencia autónoma».

cífico ha sido perjudicado. Entran en la categoría: todos los Estados miembros,⁵⁰ el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo.

Los solicitantes "semiprivilegiados" son: el BCE, el Tribunal de Cuentas y el Comité de las Regiones. El privilegio "medios" se debe al hecho de que las instituciones mencionadas sólo pueden interponer un recurso de anulación a condición de que actúen con el fin de salvaguardar sus prerrogativas.

Por último, los llamados "no privilegiados", también llamados "ordinarios", es decir, las personas físicas y jurídicas (incluidas las entidades no gubernamentales y los terceros Estados, incluidos los Estados candidatos a la adhesión), sólo tienen derecho a emprender acciones legales demostrando su interés jurídico al accionar. Su legitimación activa está supe-
ditada al cumplimiento de toda una serie de requisitos: debe consistir en una violación concreta del interés material alegado en los tribunales y no puede apreciarse en relación con un hecho futuro e incierto, so pena de inadmisibilidad del recurso. Además, sólo podrá interponerse una acción contra actos de los que tanto la persona física como jurídica sea el destinatario formal, o contra actos⁵¹ generales que le afecten directa e individualmente.⁵²

⁵⁰ El Estado tiene derecho a apelar contra un acto de una institución, independientemente del voto emitido en el Consejo en el momento de su adopción.

⁵¹ El requisito de la implicación directa está vinculado al carácter incondicional de la disposición, que debe ser un acto de efectos directos, como se recuerda en el C-152/88, de 26 de junio de 1990, *Sofrimport/Comisión*.

⁵² En cuanto a la implicación individual, el Tribunal de Justicia aclaró pronto que un tercero se identifica de manera similar a la de los destinatarios del acto cuya anulación solicitan cuando ésta le afecta por determinadas cualidades propias o cuando el tercero se encuentra en una situación de hecho que le caracteriza en relación con otras personas. Para que esto suceda, debe ser posible que el individuo sea identificado o identificable como el destinatario del documento desde un punto de vista sustantivo y debe existir un vínculo causal entre la situación individual y el acto que lo perjudica. Un ejemplo en este sentido es C-25/62, 15 de julio de 1963, *Plaumann*. Como señala L. Coutron, *Droit de l'Union européenne*, Dalloz, 2019, p. 211, «Cette interprétation est à l'origine d'une jurisprudence restrictive qui prive très largement les requérants ordinaires de la possibilité d'attaquer un acte dont ils ne sont pas destinataires. Ainsi un requérant ordinaire ne peut-il pas contester un acte de droit dérivé qui l'atteint en raison de son appartenance à une catégorie envisagée abstraitement et dans son ensemble». La posibilidad de identificar con cierta precisión un llamado "círculo restringido" de destinatarios, definible por número o identidad de los destinatarios de una medida, no implica, sin embargo, que estos puedan considerarse individualmente implicados, salvo

Por último, el Tratado de Lisboa amplió la legitimación activa de la persona física o jurídica, que puede interponer recurso de anulación también contra los actos reglamentarios —a entenderse como todos los actos no legislativos de alcance general— que le conciernen directamente⁵³ y no impliquen medidas de ejecución.⁵⁴

El recurso, que no tendrá efecto suspensivo del acto,⁵⁵ podrá interponerse en un plazo de dos meses a partir, según los casos: de la publicación del acto,⁵⁶ de su notificación a la parte recurrente o, en su defecto, de la fecha en que haya tenido conocimiento de aquel.

Los Tratados establecen cuatro motivos de anulación de un acto: a) la incompetencia,⁵⁷ b) la violación sustancial de la forma,⁵⁸ c) la violación

en determinados casos particulares. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia declaró que podía identificar un pequeño círculo de destinatarios y operadores económicos con derecho a recurrir contra un acto de Derecho derivado que les impidiera continuar la ejecución de los contratos celebrados antes de su entrada en vigor en el asunto *Piraiki-Patriki*, C-11/82, de 17 de enero de 1985.

⁵³ En las sentencias C-244/16 P, 13 de marzo de 2018, *Industrias Químicas del Vallés/Commissione* y C-384/16 P, del mismo día, *European Union Copper Task Force/Commissione*, la Gran Sala del Tribunal de Justicia precisó que el sentido del artículo no requiere, para que un acto sea calificado como medida de ejecución de un acto reglamentario, que dicho acto constituya la base jurídica de esa medida. En efecto, un mismo acto puede configurarse tanto como una medida de ejecución del acto cuyas disposiciones constituyen su fundamento jurídico, como como un acto diferente, si los efectos jurídicos de este último se van a producir, en todo o en parte, en contra de la parte recurrente, sólo por esta medida.

⁵⁴ Sentencias C-622/16 P y C-624/16 P, del 6 de noviembre de 2018, *Scuola Elementare Maria Montessori/Commissione*; Los actos normativos "autosuficientes" son aquellos que son completos en sí mismos, sin necesidad de disposiciones de ejecución, como recordó el Tribunal en el asunto T-18/10, 6 de septiembre de 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami*.

⁵⁵ La suspensión podrá solicitarse como medida provisional mediante una solicitud específica presentada por separado.

⁵⁶ En ese caso, el plazo de dos meses comienza catorce días después de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Lo mismo ocurre si el acto se publica únicamente en el sitio web de una institución de la Unión. Al plazo de dos meses se incrementa un periodo fijo adicional de diez días por esta diferencia.

⁵⁷ La incompetencia, que también puede declararse en el ámbito de la Unión según la "clásica" tripartición presente en los ordenamientos estatales: *materiae, temporis y loci*, es un motivo de recurso pocas veces invocado, ya que el recurrente prefiere alegar la infracción del Tratado, por ejemplo la ilegalidad de la base jurídica en la que se apoya el acto. La falta de competencia de la Unión Europea como tal configura el supuesto que en el derecho italiano se denomina "absoluta", que configura en la que el poder se ejerce correctamente en el marco de la Unión, pero en la que se ha producido una invasión de la atribución por parte de una institución hacia otra institución, como en C-366/88, 9 de octubre de 1990, *France/Comission*. Un ejemplo "histórico" de incompetencia *ratione temporis* es el C-19/58, 10 de mayo de 1960, *FRA/Haute Autorité*.

del Tratado o de cualquier otra norma jurídica relativa a su aplicación⁵⁹ y d) la desviación de poder.⁶⁰

Las sentencias del Tribunal de Justicia pueden ser estimatorias o desestimatorias. La sentencia puede estimar el recurso contra el acto impugnado y declararlo — todo o en parte— «nulo y sin efectos», según lo previsto en el artículo 264, apartado 1, del TFUE. El efecto de la sentencia estimatoria es retroactivo, *erga omnes*, y obligatorio (*retroattivo, erga omnes e obbligatorio*).

En cuanto a la retroactividad, la sentencia de anulación elimina el acto del mundo jurídico con efecto *ex tunc*. Sin embargo, esta disposición se ve mitigada porque, tras el Tratado de Lisboa, el Tribunal de Justicia puede dejar a salvo, si lo considera necesario, los efectos del acto anulado, que deben considerarse definitivos, según lo dispuesto en el artículo 264, apartado 2, del TFUE. La excepción a la retroactividad se estableció para salvaguardar la razón imperiosa de la certeza jurídica,⁶¹ y el Tribunal de Justicia extendió esta posibilidad también a la declaración de invalidez en el marco del procedimiento prejudicial (en virtud del artícu-

⁵⁸ La violación sustancial de la forma consiste en un vicio de forma o de procedimiento que puede afectar al contenido del acto; por ejemplo, la necesidad de respetar las prerrogativas de una Institución antes de adoptar una decisión, como la obligación de convocar una consulta en el asunto relativo a la isoglucosa, objeto de las sentencias C-138/79, de 19 de octubre de 1982, *SA Roquette Frères/Consiglio* y C-139/79, 29 de octubre de 1980, *Maizena GmbH/Consiglio*. Un ejemplo de falta de motivación es la sentencia C-463/17 P, 7 de junio de 2018, *Ori Martin/Tribunal di Giustizia*, apartado 26.

⁵⁹ La violación de los Tratados o de la Carta de Derechos Fundamentales o de cualquier norma jurídica relativa a su aplicación o incluso la violación de los principios generales del Derecho de la Unión o de las normas internacionales que le son aplicables es el motivo invocado con mayor frecuencia y se traduce en la violación de cada norma jurídica que se impondría al autor del acto. Incluso tanto como para atraer fácilmente hacia sí mismo el vicio de la incompetencia.

⁶⁰ La desviación de poder consiste en que el autor del acto utilizó sus facultades para conseguir fines distintos o adicionales a los que le fueron conferidos. La parte recurrente debe poder demostrar, basándose en hechos, que el acto impugnado se adoptó con fines no autorizados, como en la sentencia C-23/76, 7 de diciembre de 1976, *Pellegrini/Commissione*. La desviación de poder también incluye la desviación de procedimiento, que se produce cuando un procedimiento preordenado para un fin determinado se utiliza para un fin totalmente distinto, como en la sentencia C-295/12 P del 12 de julio de 2014, *Telefónica SA/Commissione*, apartado 53.

⁶¹ Los Tratados sólo habían previsto esta posibilidad en relación con los reglamentos.

lo 267, letra b), del TFUE), como se verá a continuación. Entre la aplicación práctica de esta disposición por parte del juez de Luxemburgo se encuentra una amplia gama de hipótesis, que trascienden el acto reglamentario y abarcan todos los actos de aplicación general, como en el caso de una directiva aplicable a todos los Estados miembros,⁶² la decisión del Presidente del Parlamento por la que se adopta el presupuesto, debido a que ya se había utilizado ampliamente en el momento en que se adoptó la sentencia de anulación⁶³ o la decisión del Consejo relativo a la celebración de un acuerdo con terceros países.⁶⁴

Siempre con el objetivo de preservar las razones de certeza jurídica, el Tribunal de Justicia, aplicando lo que se ha llamado en la doctrina el "principio de realidad",⁶⁵ ha llegado a aplazar la fecha de aplicabilidad de la sentencia de anulación, justificando esto por la dificultad de renegociar un acuerdo internacional por razones puramente internas de la Unión,⁶⁶ o para mantener los efectos del acto anulado durante el tiempo necesario para que sea sustituido por un acto legítimamente adoptado, como en el caso de una directiva sobre el derecho de residencia de los estudiantes.⁶⁷

El Tribunal de Justicia ha diferido los efectos de la sentencia de anulación aun cuando ésta se base en la violación de una norma formal o procesal.⁶⁸

La sentencia estimatoria elimina el acto del mundo jurídico con un alcance que trasciende las partes de la sentencia, y se extiende también

⁶² Hipótesis que ocurrió en la sentencia C-125/90, del 7 de julio de 1992, *Parlement/Conseil*.

⁶³ C-34/86, 3 de julio de 1986, *Conseil/Parlement*.

⁶⁴ C-211/01, 11 de septiembre de 2003, *Commission/Conseil*.

⁶⁵ Así L. Coutron, *cit.*, p. 222.

⁶⁶ C-317/04, 30 de mayo de 2016, *Parlement/Conseil et Commission (PNR)*.

⁶⁷ C-295/90, 7 de julio de 1992, *Parlement/Conseil*.

⁶⁸ En el caso antes citado respecto de una Directiva relativa al derecho de residencia de los estudiantes, el Tribunal de Justicia justificó el aplazamiento de los efectos por varias razones. En primer lugar, al considerar que la anulación pura y simple implicaba un perjuicio «al ejercicio de un derecho derivado del Tratado». Además, el plazo de adaptación del derecho interno había fenecido y ni las instituciones ni los Estados miembros habían controvertido el contenido normativo esencial de la Directiva.

a terceros.⁶⁹ Una vez que han adquirido firmeza, las sentencias de anulación tienen una eficacia *erga omnes*, que se expresa en relación con todos, principio que sólo desaparece en la hipótesis totalmente residual en que el acto anulado era un acto individual, circunstancia que la limita a efectos para el destinatario.

El efecto ulterior de la decisión es obligatorio. De conformidad con el artículo 266 del TFUE, la institución, órgano u organismo del que emana el acto anulado está obligado a adoptar las medidas que conlleva la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia. Al respecto, cabe destacar que, aun cuando el principio de separación de poderes prohíba al juez ordenar al autor del hecho que adopte una determinada medida, como lo ha señalado el Tribunal de Justicia, no sólo la parte resolutive de su sentencia debe ser respetada, sino también la motivación. Esto puede implicar la derogación de los actos adoptados con posterioridad al anulado, que reproducen de forma idéntica su contenido.

La obligación de ejecutar la sentencia también debe producirse en un plazo «razonable», pudiendo la falta de ejecución ser objeto de un nuevo recurso ante el Tribunal de Justicia por omisión o por responsabilidad extracontractual. Si el demandante vencedor se quejase de una ejecución incorrecta, podría interponer una acción judicial de anulación.

Por el contrario, la sentencia que desestima la anulación de un acto tiene un alcance relativo a las partes del procedimiento, por lo que sólo sería inadmisibles un recurso que oponga a las mismas partes con el mismo objeto y por el mismo motivo.

⁶⁹ Como lo señala L. Coutron, *cit.*, p. 220, «Dans un souci de bonne administration de la justice et afin de permettre un retour, le plus prompt possible, à la légalité, le juge examine parfois, à titre surabondant, un moyen qu'il estime fondé alors qu'il a déjà conclu à l'illégalité de l'acte querellé. Cette volonté de purger l'acte litigieux de toutes ses illégalités potentielles apparaît nettement dans l'arrêt OMPI (TPI, 4 déc. 2008, aff. T-284/08). Après avoir constaté que la décision du Conseil de geler les fonds de l'Organisation des Modjahedines du Peuple d'Iran méconnaissait les droits de la défense de la requérante, le Tribunal a tenu à relever, à titre surabondant, une violation du droit à une protection juridictionnelle».

II. El recurso por omisión y los efectos de la sentencia

El recurso por omisión está contemplado en el artículo 265 del TFUE y tiene por objeto sancionar la inacción de una institución u organismo de la Unión que se haya abstenido ilegalmente de actuar cuando debería haberlo hecho.⁷⁰

Este tipo de recurso persigue «una finalidad común» al recurso de anulación, lo que se traduce, en las resoluciones del Tribunal de Justicia, en la fórmula según la cual «son la expresión de un mismo recurso jurídico».⁷¹ Sin embargo, la estrecha relación entre los dos recursos en el sistema de recursos de casación establecido por el Tratado nunca da lugar a una coincidencia, ni siquiera en el sentido de su aplicación en una hipótesis inversa a la otra, porque el ámbito de aplicación del recurso por omisión es más amplio que el del recurso de anulación, estando abierto —a diferencia de éste— también a sancionar la no-adopción de un acto preparatorio, que, por otra parte, como hemos visto, por su tipología no está incluido en los actos que pueden ser atacados por un recurso de anulación.⁷²

La legitimación pasiva se refiere a las instituciones, pero también puede incluir una agencia u otro organismo de la Unión.

La legitimación activa, aunque el papel se extiende tanto a demandantes privilegiados —instituciones y Estados miembros— como a particulares, en la práctica da lugar a una decena de recursos al año. El Tratado establece que los particulares, demandantes no privilegiados, sólo pueden emprender acciones legales a condición de que una institución u otro

⁷⁰ Sobre el tema, se remite a S. Cazet, *Le recours en carence en droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruselas, 2012.

⁷¹ *C-68/95*, 26 de noviembre de 1996, *C-68/95, T. Port GmbH & Co. KG/Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*.

⁷² *C-302/87*, 27 de septiembre de 1988, *Parlement/Conseil*.

órgano de la Unión no les haya dirigido un acto que no sea una recomendación o un dictamen, por lo tanto, obligatorio.⁷³

El recurso puede interponerse no sólo contra la falta de adopción de un acto que produzca efectos jurídicos obligatorios susceptibles de afectar los intereses del recurrente, modificando significativamente su situación jurídica, sino, como se ha dicho, también contra la falta de adopción de un acto preparatorio, si ello constituye el requisito previo necesario para llevar a cabo un procedimiento destinado a terminar en un acto que produzca efectos jurídicos vinculantes.⁷⁴

El Tribunal de Justicia ha dado una interpretación amplia a la legitimidad activa del particular —dando lugar a una especie de paralelismo en cuanto al caso del recurso de anulación—, exigiendo que el acto se dirija al individuo o le afecte directa e individualmente.⁷⁵

Desde un punto de vista procesal, el recurso sólo puede interponerse —so pena de inadmisibilidad— si previamente se realiza una fase conciliatoria previa, que consiste en una invitación a actuar en el plazo de dos meses dirigida a la institución u otro órgano de la Unión, con la cual se da a conocer inequívocamente el contenido de la resolución solicitada. El silencio sobre la solicitud por parte de la institución receptora no equivale a aceptación.⁷⁶

⁷³ Sobre el interés de ejercitar la acción en el marco del recurso por omisión, véase el asunto *T-186/94*, 27 de junio de 1995, *Guérin automobiles c. Commission* y *T-212/99*, 7 de marzo de 2002, *Intervet International/Commission*. Como recuerda G. Tesaurò, *cit.*, p. 361, «se ha reconocido a los particulares la posibilidad de recurrir en los casos en que puedan considerarse directa e individualmente afectados por los actos respecto de los cuales alegan la omisión de la Institución. En otras palabras, sólo pueden recurrir al Tribunal de Justicia en el supuesto de que el acto omitido hubiera tenido carácter decisorio».

⁷⁴ C-596/15 P, 5 de enero de 2018, *Bionorica/Commissione*.

⁷⁵ De este modo, se declaró la admisibilidad por omisión de una empresa debido a la inexistencia de un reglamento relativo a la cuota de importación de plátanos, T-79/96, T-260/97 y T-117/98, 8 de junio 2000, *Camar e Tico/Commissione e Consiglio*, Admisibilidad reafirmada por la Tribunal de Justicia de segunda instancia en C-312-00 P, 10 de diciembre de 2002.

⁷⁶ La excepción a la regla es el Reglamento núm. 1049/2001 sobre el acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, que establece un plazo después del cual

La omisión se configura cuando la institución no ha actuado, así como cuando lo ha hecho de forma distinta a la voluntad de los destinatarios de un acto. La omisión también es configurable en el caso de que una institución no haya ejecutado íntegramente una sentencia de anulación. Una posible decisión de negativa a actuar por parte de la institución no puede ser objeto de un recurso de omisión, pero puede ser impugnada mediante un recurso de anulación.⁷⁷

La inacción de la institución no sólo tiene que ser actual, sino que debe mantenerse durante todo el procedimiento. El recurso perderá su objeto cuando la institución requerida lo haga, incluso después de la expiración del plazo de dos meses, e incluso si ya se hubiera sometido el asunto al órgano jurisdiccional de la Unión.

Si, transcurrido un plazo de dos meses a partir de la petición, la institución, órgano u organismo no se hubiere pronunciado, el recurso podrá interponerse (al Tribunal de Justicia o al Tribunal General, si éste fuere competente) en un nuevo plazo de dos meses.

La sentencia que declara la omisión es de mera comprobación, tiene, por tanto, un alcance declarativo y tiene efectos obligatorios, como precisa el artículo 267 del TFUE (que, como se decía, incluye también los efectos de la sentencia de anulación), en la que se impone a la institución, órgano u organismo cuya abstención haya sido declarada contraria a los tratados, la adopción de las medidas necesarias para ejecutar la sentencia en un plazo razonable.⁷⁸

el silencio de una institución tras una solicitud de confirmación equivale a una negativa tácita. En este caso, el silencio-rechazo puede ser impugnado judicialmente mediante recurso de anulación.

⁷⁷ El Abogado General Bot, en sus conclusiones presentadas el 12 de septiembre de 2013 en los asuntos acumulados C-63/12, C-66/12 y C-196/12, recuerda que: «Cuando la Institución responde mediante una resolución negativa expresa, no procede el recurso por omisión, ya que el demandante dispone, en el plazo fijado por el Tratado FUE, del derecho a interponer ante el Tribunal recurso de anulación que le permite hacer declarar la ilegalidad del acto adoptado por la Institución».

⁷⁸ Entre los efectos obligatorios, en el marco de los recursos interpuestos por los demandantes privilegiados, cabe citar la decisión del Tribunal de Justicia, en el asunto C-13/83, de 22 de mayo de 1985, *Parlamento/Consiglio*, dirigido al Consejo, a raíz de un recurso presentado por el Parlamento

Al igual que el recurso de anulación, el juez no puede en modo alguno sustituir a la institución que cometió la falta y ordenarle que adopte el acto solicitado. No obstante, si el daño se ha producido por la inacción de la institución, siempre es posible proponer una acción por responsabilidad extracontractual, de conformidad con los artículos 268 y 340, apartado 2, del TFUE.

III. El recurso por responsabilidad extracontractual y los efectos de la sentencia

El concepto de «responsabilidad extracontractual de la Unión» se deriva de los artículos 268 del TFUE y 340, párrafo segundo, del TFUE, que imponen a la Unión la obligación de reparar, «de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros», los daños causados por sus instituciones⁷⁹ o sus agentes en el ejercicio de sus funciones.⁸⁰ La responsabilidad extracontractual tiene carácter autónomo y debe interpretarse a la luz de su finalidad, que es permitir el reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales de la Unión y los nacionales.⁸¹

Por lo que se refiere al perjuicio causado por el agente, para que sea imputable a la Unión, es preciso que éste lo haya cometido en el ejercicio de sus funciones, de manera que el perjuicio represente la «prórroga necesaria» de la misión atribuida a la institución, en virtud de la relación

Europeo para adoptar una política de transportes, tal como prevé el Tratado. En cuanto a los recursos interpuestos por un Estado miembro contra una institución, cabe mencionar la sentencia T-521/14, 16 de diciembre de 2015, *Svezia/Commissione*, en la que el Tribunal General condenó a la Comisión por abstenerse de adoptar actos delegados.

⁷⁹ Estas normas se extienden, en virtud del artículo 340, apartado 3, del TFUE, a los daños causados por el BCE y sus agentes en el ejercicio de sus funciones, con la diferencia —no insignificante— de que la obligación de indemnizar recae en el BCE y no en la Unión.

⁸⁰ Sobre el llamado "Irresponsabilidad" extracontractual, véase D. Ritleng, De l'irresponsabilité extracontractuelle de la Communauté, en *L'Union européenne: Union de droit, Union des droits. Mélanges Philippe Manin*, cit., pp. 921 y ss.

⁸¹ C-14/19 P, 25 de junio de 2020, *CSUE/KF*, apartado 82; C-103/11 P, 18 de abril de 2013, *Commissione/Systran e Systran Luxembourg*, apartado 62.

interna y directa que el agente mantiene con ésta⁸² y no se produzcan acontecimientos que interrumpen el vínculo que les une.

La legitimación activa también está abierta al particular, el cual no encuentra los límites estrictos que conllevan la acción de anulación, salvo que sea necesario que esté presente su interés en ejercitar la acción, configurable cuando éste haya sufrido un perjuicio. Los Estados también pueden actuar por responsabilidad. Como el Tribunal de Justicia ha aclarado, el Eurogrupo no es un pasivo legítimo.⁸³

Para que la Unión esté llamada a indemnizar, deben cumplirse tres condiciones concomitantes:⁸⁴ la norma jurídica infringida debe conferir derechos, la lesión debe estar «suficientemente caracterizada», y debe existir un nexo causal directo entre el incumplimiento de la obligación por parte del autor del hecho lesivo y el perjuicio sufrido.

Para que pueda considerarse que existe una lesión suficientemente caracterizada en presencia de un acto normativo, deben distinguirse dos tipos de situaciones, vinculadas o no a la discrecionalidad del autor.⁸⁵ Cuando un acto normativo (perjudicial) implica la adopción de decisiones discrecionales de política económica, la infracción suficientemente grave que el demandante debe demostrar ante los tribunales se produce

⁸² C-9/69, 10 de julio de 1969, *Sayag*.

⁸³ En los asuntos acumulados C-597/18 P, C-598/18 P, C-603/18 P y C-604/18 P, 28 de mayo de 2020, el Tribunal de Justicia confirmó en segunda instancia las sentencias por las que el Tribunal de Primera Instancia desestimó los recursos de indemnización interpuestos por diversos particulares y empresas como consecuencia de actos y comportamientos de las instituciones de la Unión adoptados en el marco de la ayuda financiera concedida a Chipre y supeditada a la reestructuración del sector bancario de dicho Estado miembro. Sin embargo, el Tribunal de Justicia destacó el error cometido por el propio Tribunal General al afirmar que el Eurogrupo constituye una entidad de la Unión creada por los Tratados, cuyos actos o comportamientos podrían dar lugar a la responsabilidad extracontractual de la Unión. El Tribunal de Justicia destaca, en particular, que corresponde a la Comisión, en su calidad de guardiana de los Tratados, velar por la conformidad de dichos acuerdos con el marco jurídico de la Unión y que una eventual inercia de la Comisión a este respecto puede constituir una responsabilidad extracontractual de la Unión.

⁸⁴ C-43/93, 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur* y C-48/93, 5 de marzo de 1996, *Factortame*.

⁸⁵ A este respecto, véase C. Wilson, "The Role of Discretion in EC Law on Non-Contractual Liability", en *Common Market Law Review*, 2005, p. 677.

cuando la institución ha rebasado de manera grave y manifiesta los límites de su facultad de apreciación.⁸⁶ Si, por el contrario, la institución que ha adoptado el acto cuyo carácter lesivo se alega no hubiera tenido margen de elección, cualquier infracción bastará para hacerla responsable. En este caso, existe una presunción simple, que puede superarse fácilmente demostrando la complejidad de las situaciones que deben decidirse o la dificultad de interpretación de los textos aplicables.⁸⁷

El Tribunal de Justicia rechazó la posibilidad de establecer una responsabilidad objetiva de las instituciones de la Unión por su actividad reguladora.⁸⁸

Los hechos lesivos también incluyen el incumplimiento por parte del juez de la Unión del deber de pronunciarse dentro de un plazo razonable.⁸⁹ Este tipo de enfoque fue trasladado posteriormente del ámbito normativo al de los actos administrativos.

La competencia del Tribunal de Justicia para decidir una acción por responsabilidad extracontractual se afirma exclusivamente sobre la base de los criterios de utilidad,⁹⁰ eficacia⁹¹ y autonomía respecto de otros recursos. En cuanto a la utilidad, el Tribunal de Justicia reconoce su competencia en caso de imposibilidad de una acción nacional efectiva: en

⁸⁶ Como señala L. Coutron, *cit.*, p. 226, «En raison de la rigueur dont fait montre le juge dans l'appréciation de cette violation suffisamment caractérisée, le recours en responsabilité souffre d'une manque criant d'effectivité».

⁸⁷ Como señala G. Tesaurò, *cit.*, p. 371, «el daño debe, en cierto sentido, ser individualizado, lo que no ocurre cuando el hecho afecta a categorías muy amplias de operadores económicos y sus consecuencias, incluso perjudiciales, son muy atenuadas a nivel de los particulares».

⁸⁸ C-120/06 P y C-121/06 P, 9 de septiembre de 2008, *FIAMM*.

⁸⁹ El principio fue enunciado por primera vez en C-385/07, *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH contro Commissione delle Comunità europee*, 16 de julio de 2009.

⁹⁰ La utilidad, en esta perspectiva, cesa cuando el sistema de recursos nacionales es capaz de hacer frente a la pretensión de indemnización de la parte perjudicada por un acto de una institución de la Unión.

⁹¹ Como señala el G. Tesaurò en Derecho de la Unión Europea, séptima edición, Cedam, 2012, p. 251, «Esto también se aplica cuando la legislación de la Unión prevé una competencia obligada para la administración nacional, con la consecuencia de que cualquier infracción es ciertamente imputable a la primera: pensemos en la hipótesis en la que la Comisión tiene la facultad de imponer a los órganos nacionales una decisión en lugar de otra, con la que están obligados a cumplir».

este caso, es la única jurisdicción capaz de poder actuar útilmente. Por lo que se refiere a la eficacia, debe recurrirse al juez nacional cuando éste esté en condiciones de pronunciarse. Finalmente, la autonomía libera a la interposición del recurso de toda vinculación con otro tipo de recursos. Sin embargo, en aras de la certeza jurídica, el recurso de responsabilidad es capaz de eliminar los efectos jurídicos de una decisión que ha devenido firme cuando el recurrente busca un beneficio más amplio, pero incluyendo el que hubiera podido tener tras una sentencia de anulación.

El recurso debe interponerse dentro de los cinco años, contados a partir de la ocurrencia del hecho que constituye el daño.⁹²

La prueba del daño incumbe al actor y debe presentar las características de certeza y pertinencia. En el caso de responsabilidad derivada de la actividad reglamentaria, a estos dos requisitos se añade también la especialidad.⁹³

La sentencia de responsabilidad tiene efectos obligatorios, obligando a la institución a adoptar las medidas de ejecución necesarias para reparar el perjuicio, que puede ser tanto material como moral. En el caso de los daños materiales, la sentencia puede obligar a una indemnización que comprenda las dos partidas del daño emergente (pérdida sufrida) y del lucro cesante (pérdida de beneficios).

Al igual que en los ordenamientos jurídicos estatutarios, la sentencia que establece la reintegración económica del patrimonio de la persona perjudicada no puede prescindir de la devaluación monetaria posterior al hecho perjudicial que, en su caso, se hubiera producido mediante la liquidación de intereses de demora exigidos por el demandante, en una medida variable,⁹⁴ pero sin hacer referencia al tipo legal vigente en el ordenamiento interno.

⁹² Según el artículo 46 del Estatuto del Tribunal de Justicia.

⁹³ C-237/98 P, 15 de junio de 2000, *Dorsh Consult/Consiglio e Commissione*.

⁹⁴ El Tribunal de Justicia acordará entre el 6% y 1.8%.

En cuanto al daño moral, las sentencias del Tribunal de Justicia lo han desestimado de forma heterogénea, desde la posibilidad de compensar los sentimientos desagradables y las impresiones negativas provocadas por la decepción de unas vacaciones arruinadas,⁹⁵ hasta la refundición del sufrimiento causado por la situación de incertidumbre en la que han estado inmersas algunas sociedades debido a la duración excesiva del procedimiento.⁹⁶

IV. El recurso por incumplimiento y los efectos de la sentencia

El procedimiento de infracción puede ser iniciado por la Comisión cuando considere que un Estado miembro ha incumplido una de sus obligaciones en virtud de los Tratados, después de haberle permitido presentar sus observaciones y de haber obtenido un dictamen motivado al respecto, ante el artículo 258 (1) del TFUE.

Al margen de la hipótesis en la que la Comisión por iniciativa propia, como "guardiana de los Tratados", solicite la intervención del Tribunal de Justicia, el Derecho de la Unión también contempla el caso —que sin

⁹⁵ C-168/00, 12 de marzo de 2002, *Simone Leitner/TUI Deutschland GmbH & Co. KG.*, El Tribunal de Justicia reconoció que el art. 5 de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a viajes, vacaciones y circuitos "todo incluido", debe interpretarse en el sentido de que el consumidor tiene derecho a la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento o de la mala ejecución de los servicios prestados con motivo de un viaje "todo incluido", abriendo así la posibilidad de compensar las sensaciones desagradables y las impresiones negativas causadas por la decepción se califican como daños morales según la legislación austriaca, pero que no podía ser objeto de compensación. Para un comentario sobre la decisión, véase R. Scarciglia, Viajes "todo incluido", angustia emocional y compensación por daños no pecuniarios en el caso de "mancata vacanza", en *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2002, pp.1152-1155. Es curiosa la sentencia del Tribunal de Justicia, dictada por la Gran Sala, en el asunto C-239/12 P, de 28 de mayo de 2013, *Abdulrahim*, en la que el juez luxemburgués parece haber reconocido el derecho del demandante a alguna forma de reparación moral, en particular a la reputación sufrida como consecuencia de la imposición de medidas restrictivas representadas por la inclusión del nombre del demandante en una lista de terroristas. Sin embargo, este resultado lo obtiene el Tribunal de Justicia mediante la anulación de un acto ya derogado.

⁹⁶ Se trata de la sentencia T-577/14, 10 de enero de 2017, *Gascogne Sack Deutschland GmbH e Gascogne/Unione europea*, en la que el Tribunal General se sancionó a sí mismo, en una composición diferente, por violar la duración razonable de un juicio en 20 meses, constituyendo así una infracción suficientemente caracterizada de una norma destinada a conferir derechos a los particulares.

embargo ha resultado ser decididamente residual en la jurisprudencia — en el que éste está llamado a resolver la infracción denunciada a la Comisión por un "par" del Estado infractor,⁹⁷ es decir, otro Estado que alega una infracción de las obligaciones establecidas por los Tratados (artículo 259 del TFUE).⁹⁸ En este caso, sin embargo, el Estado que denuncia la infracción de otro debe dirigirse previamente a la Comisión para que el recurso sea posteriormente declarado admisible por el Tribunal de Justicia.⁹⁹

El recurso puede ser el resultado del incumplimiento de una norma de Derecho de la Unión, cualquiera que sea su naturaleza (tratados internacionales, legislación secundaria, principios generales, etc.), cuya observancia es obligatoria para los países miembros. La falta puede tener tanto el carácter denominado "compromiso", consistente en la adopción por el Estado de un acto legislativo contrario al Derecho de la Unión,¹⁰⁰ como "omisivo", consistente en la abstención en la adopción de un acto debido al cumplimiento con una norma de Derecho de la UE.¹⁰¹ Ambos tipos

⁹⁷ Un ejemplo de ello es el reciente auto en el asunto C-121/21 R, de 21 de mayo de 2021, *Repubblica ceca/Repubblica di Polonia*, en el que el Tribunal de Justicia estimó la solicitud de medidas provisionales presentada por la República Checa al Tribunal de Justicia para que ordene a la República de Polonia, a la espera de la sentencia sobre el fondo, que ponga fin inmediatamente a las actividades de extracción de lignito en la mina de Turów (Polonia) por infringir las normas del Derecho de la Unión en materia de evaluación de impacto medioambiental. La República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Unión.

⁹⁸ Como señaló el Tribunal de Gran Sala en el asunto C-457/18, 31 de enero de 2020, *Repubblica di Slovenia/Repubblica di Croazia*, el incumplimiento de un Estado miembro de una sentencia arbitral fue dictado por un tribunal internacional establecido en virtud de un acuerdo de arbitraje bilateral se rigen por el derecho internacional, cuyo objeto no entra dentro de los ámbitos de competencia de la Unión contemplados en los artículos 3 al 6 del TFUE y en los que la Unión no es parte.

⁹⁹ Únicamente cuando la Comisión emite un dictamen motivado después de haber dado a los Estados interesados la posibilidad de presentar sus observaciones escritas y orales de conformidad con el principio de contradicción, puede recurrirse al Tribunal de Justicia. Lo mismo ocurre si la Comisión permanece inactiva y no emite dictamen alguno en un plazo de tres meses a partir de la solicitud.

¹⁰⁰ En el asunto C-619/18, 24 de junio de 2019, *Commissione/Polonia*, la Comisión consideró que Polonia había infringido el Derecho de la Unión al reducir, por una parte, la edad de jubilación y, por otra, al otorgar al Presidente de la República de Polonia la facultad discrecional de prorrogar la función judicial activa de los jueces del Tribunal Supremo. El Tribunal de Justicia declaró el incumplimiento de Polonia porque la aplicación de la medida de reducción de la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo a los jueces del Tribunal Supremo no está justificada por una finalidad legítima y vulnera el principio de inamovilidad de los jueces, inherente a su independencia.

¹⁰¹ Como en el célebre asunto de la llamada "guerra de las fresas", del que se ocupa el Tribunal de Justicia en la sentencia C-265/95, 9 de diciembre de 1997, *Commissione/Francia*.

de incumplimiento se pueden encontrar en el caso estadísticamente más frecuente, relativo a la aplicación de una directiva, que puede adoptar la forma de un incumplimiento en el plazo previsto o de una adaptación incorrecta.

El procedimiento de infracción presupone la transferencia de competencias a la Unión por parte de los Estados miembros.¹⁰² Por lo tanto, si un Estado actúa en un ámbito en el que ha transferido competencias a la Unión, el Tribunal de Justicia puede declarar que ha cometido una infracción.¹⁰³

La organización interna del Estado (regional, federal o unitario) es totalmente indiferente a efectos de la constatación del incumplimiento, debiendo imputarse al Estado cualquier acción u omisión importante.

También es irrelevante que la falta sea imputable al poder legislativo, ejecutivo o judicial.

La sentencia por incumplimiento tiene efectos vinculatorios, ya que obliga al Estado a adoptar las medidas de ejecución necesarias para cumplir sus obligaciones (artículo 260, apartado 1, del TFUE).

La no ejecución de los efectos obligatorios de la sentencia puede dar lugar a un nuevo recurso por incumplimiento, interpuesto por la Comisión después de haber ofrecido al Estado la posibilidad de presentar sus observaciones y precisando el importe de la suma global o de la multa que se considere adecuado para subsanar la falta de ejecución (artículo 260, apartado 2, del TFUE).¹⁰⁴ Por tanto, los efectos de la sentencia por incum-

¹⁰² Sobre el procedimiento de infracción, véase K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, cit., pp. 5-001.

¹⁰³ A este respecto, cabe citar las sentencias "Open Skies", C-466/98, 5 de noviembre de 2002, *Commissione/Regno Unito*, en las que el Tribunal de Justicia declaró la existencia de una infracción por parte de ocho Estados miembros que habían contraído o mantenido en vigor compromisos internacionales con un tercer Estado en materia de transporte aéreo, infringiendo el artículo 49 del TFUE.

¹⁰⁴ C-261/18, 12 de noviembre de 2019, *Commissione/Irlanda (Centrale eolica di Derrybrien)* el Tribunal de Justicia, reunido en Gran Sala, condenó a Irlanda al pago de multas por no haber dado curso concreto a la sentencia de 3 de julio de 2008, *Comisión/Irlanda*, en la que el Tribunal de

plimiento se ven "reforzados" con la posibilidad de recurrir al Tribunal de Justicia para que declare un nuevo incumplimiento. Corresponde al Tribunal de Justicia, en cada asunto y «en función de las circunstancias del caso de que se trate y del grado de persuasión y disuasión que considere necesario»¹⁰⁵, fijar las sanciones económicas adecuadas, en particular para evitar la repetición de infracciones similares al Derecho de la Unión.

Un supuesto particular de incumplimiento (contemplado en el artículo 260, apartado 3, del TFUE) es la falta de comunicación por parte de los Estados miembros de información suficientemente clara y precisa sobre la adopción de las medidas de aplicación de una directiva. El objetivo de esta disposición, introducida por el Tratado de Lisboa, es doble, ya que permite no sólo incitar más a los Estados miembros a aplicar las directivas en los plazos fijados, sino también simplificar y acelerar el procedimiento de imposición de sanciones económicas a los Estados miembros que incumplan su obligación de comunicar las medidas nacionales de aplicación de una directiva.

Si el Tribunal de Justicia comprobare la infracción, podrá imponer al Estado el pago de una suma a tanto alzado o de una multa.¹⁰⁶ Se trata de una facultad discrecional limitada, ya que la Comisión sigue estando obligada a motivar la naturaleza y el importe de la sanción económica solicitada, y las propuestas de la Comisión vinculan al Tribunal de Justicia en cuanto a la naturaleza de la sanción económica y al importe máximo que puede imponer. Por lo que se refiere al cálculo de la suma a tanto alzado, el Tribunal de Justicia recordó que, en el ejercicio de su facultad discrecional en la materia, tal como queda delimitado por las propuestas de la Comisión, le corresponde fijar el importe de la suma a

Justicia declaró que Irlanda había infringido la Directiva 85/33 741 relativa a la construcción de una central eólica en Derrybrien sin una evaluación previa de su impacto medioambiental

¹⁰⁵ C-93/17, 14 de noviembre de 2018, *Commissione/Grecia*.

¹⁰⁶ El Tribunal aplicó esta disposición del Tratado FUE por primera vez en la sentencia C-543/17, 8 de julio de 2019, *Commissione/Belgio* (artículo 260 (3) TFUE - *Reti ad alta velocitā*).

tanto alzado a cuyo pago se puede condenar a un Estado miembro, de forma que dicho importe sea, por una parte, adaptado a las circunstancias y, por otra, proporcional a la infracción cometida. Entre los factores pertinentes figuran, en particular, la gravedad de la infracción constatada, su duración y la capacidad financiera del Estado miembro de que se trate.¹⁰⁷

V. Los otros tipos de recursos

El Tribunal de Justicia puede ser competente para pronunciarse sobre la responsabilidad contractual o en virtud de una cláusula compromisoria que le atribuya dicha función. Cuando la situación jurídica del recurrente se inscribe en el marco de relaciones contractuales que entran en las competencias previstas en los artículos 272 a 274 del TFUE, el mantenimiento de la coherencia del sistema jurisdiccional exige, en principio, que el órgano jurisdiccional de la Unión renuncie al ejercicio de las competencias que le confiere el artículo 263 del TFUE, tal como han sido examinadas previamente. En efecto, cuando un contrato vincula a una persona con una de las instituciones de la Unión, sólo puede interponerse un recurso de anulación ante el órgano jurisdiccional de la Unión si el acto impugnado tiene por objeto producir efectos jurídicos obligatorios, que se sitúan fuera de la relación contractual que vincula a las partes y que implican el ejercicio de poderes públicos conferidos a la institución contratante en calidad de autoridad administrativa.¹⁰⁸

¹⁰⁷ C-549/18, *Commissione/Romania (Antiriciclaggio)* y C-550/18, *Commissione/Irlanda (Antiriciclaggio)*, dictadas el 16 de julio de 2020. El Tribunal de Justicia declaró que un recurso de la Comisión destinado a obtener una cantidad a tanto alzado no puede ser desestimado por ser desproporcionado por el mero hecho de que se refiera a un incumplimiento que, aunque duradero en el tiempo, terminó en el momento del examen de los hechos por el Tribunal de Justicia, dado que la condena al pago de una cantidad a tanto alzado se basa en la evaluación de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones del Estado miembro de que se trate para los intereses privados y públicos, en particular cuando el incumplimiento haya persistido durante un período prolongado.

¹⁰⁸ C-378/16 P, 16 de julio de 2020, *Inclusion Alliance for Europe/Commissione*. En el presente caso, el Tribunal de Justicia concluyó que el Tribunal de Primera Instancia había cometido un error de Derecho al declarar que, en el marco de un recurso interpuesto con arreglo al artículo 263 del TFUE, el órgano jurisdiccional de la Unión debe apreciar la legalidad del acto impugnado únicamente a la luz del Derecho de la Unión y que el incumplimiento de las cláusulas contractuales

A fin de determinar cuál es el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción judicial concreta contra la Unión con la finalidad de que ésta sea responsable de un perjuicio, procede examinar si dicha acción tiene por objeto la existencia de la responsabilidad contractual de la Unión o de la responsabilidad extracontractual de esta última. La mera invocación de normas jurídicas que no se derivan de un contrato pertinente en el caso de autos, pero que se imponen a las partes, no puede tener como consecuencia modificar la naturaleza del litigio y, en consecuencia, sustraerlo al órgano jurisdiccional competente.¹⁰⁹ De no ser así, en efecto, la naturaleza del litigio y, en consecuencia, el órgano jurisdiccional competente podrían variar según las normas invocadas por las partes, lo que sería contrario a las normas de competencia *ratione materiae* de los diferentes órganos jurisdiccionales.¹¹⁰

La sentencia sobre responsabilidad contractual presupone la existencia de un contrato que vincula a una persona con una de las instituciones de la Unión. El acto impugnado debe tener por objeto producir efectos jurídicos obligatorios, derivados de la relación contractual que vincula a las partes y que implican el ejercicio de poderes públicos conferidos a la institución contratante como autoridad administrativa.¹¹¹

Si las partes acuerdan en su contrato, mediante una cláusula compromisoria, atribuir al órgano jurisdiccional de la Unión la competencia para conocer de los litigios relativos a dicho contrato, dicho órgano jurisdic-

controvertidas la infracción de la legislación aplicable a dicho contrato sólo podrá invocarse en el marco de un recurso interpuesto con arreglo al artículo 272 del TFUE. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia anuló el auto del Tribunal de Primera Instancia y le devolvió el asunto.

¹⁰⁹ C-14/19 P, 25 de junio de 2020, *CSUE/KF*, apartado 81.

¹¹⁰ C-234/17, *XC e a.*, apartado 41, 24 de octubre de 2018; C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, 5 de diciembre de 2017, apartado 22; C-284/16, *Achmea*, 6 de marzo de 2018, apartado 37; C-619/18, *Commissione/Polonia (Indipendenza della Tribunal suprema)*, 24 de junio de 2019, apartado 45; C-103/11 P, 18 de abril de 2013, *Commissione/Systran e Systran Luxembourg*, apartados 61 y 65; Parere 2/13 (*Adesione dell'Unione alla CEDU*), 18 de diciembre de 2014, apartado 176.

¹¹¹ También en *Inclusion Alliance for Europe/Commissione*, *cit.*, el Tribunal de Justicia precisó que la Comisión no puede adoptar una decisión que tenga fuerza ejecutiva en el marco de relaciones contractuales que no contengan una cláusula compromisoria en favor del órgano jurisdiccional de la Unión y que, por lo tanto, son competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales.

cional será competente, independientemente del derecho aplicable establecido en dicho contrato, para conocer de las violaciones de la Carta y de los principios generales del Derecho de la Unión.

En ambos casos, los efectos de la sentencia son de carácter vinculante.

El Tribunal de Justicia es también competente para conocer en segunda instancia de los litigios relativos al personal de la UE atribuidos en primera instancia al Tribunal General. El recurso podrá tener por objeto la anulación de un acto o la reparación de un perjuicio resultante tanto de un acto como de un comportamiento del empresario. Son admisibles los litigios relativos a todos los aspectos de la relación laboral desde el momento de la contratación, incluidas las condiciones de trabajo, la carrera profesional y las prestaciones económicas y sociales.¹¹²

Desde el punto de vista de la legitimación activa, el recurso puede ser interpuesto tanto por los funcionarios y agentes, incluso en el marco de la PESC, como por el participante en un procedimiento de oposición, contra el cual éste tenga motivos de queja.

La viabilidad del recurso está supeditada a la concurrencia de dos requisitos. El demandante deberá tener un interés concreto y actual en ejercitar la acción,¹¹³ consistente en el perjuicio que le causa el acto impugna-

¹¹² Asuntos acumulados C-119/19 P y C-126/19 P, 8 de septiembre de 2020, *Commissione e Consiglio/ Carreras Sequeiros e a.*

¹¹³ Un ejemplo de litigio es la sentencia C-460/18 P, de 19 de diciembre de 2019, *HK/Commissione*, sobre el derecho a la pensión de supervivencia, mediante la cual el Tribunal de Justicia anuló la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 3 de mayo de 2018, *HK/Commissione* y, al pronunciarse definitivamente sobre el litigio, desestimó el recurso de anulación interpuesto por el demandante contra la Decisión de la Comisión Europea por la le denegó el beneficio de la pensión de supervivencia como cónyuge superviviente de una funcionaria, así como el recurso interpuesto por éste para obtener la reparación del perjuicio material y moral que alega haber sufrido. Como ha precisado el Tribunal de Justicia, el derecho a la pensión de supervivencia no está vinculado a una eventual situación de dependencia económica del cónyuge respecto del cónyuge fallecido. Sin embargo, el beneficiario de dicha pensión debe haber estado unido al funcionario fallecido en una relación de derecho civil que haya dado lugar a una serie de derechos y obligaciones entre ellos, como el matrimonio o, en determinadas condiciones, la unión no matrimonial registrada.

do,¹¹⁴ que también puede revestir forma verbal.¹¹⁵ Antes de interponer un recurso, es necesario haber iniciado una fase precontenciosa¹¹⁶ mediante una reclamación administrativa dirigida a la institución que ha causado un perjuicio al funcionario y que ésta debe desestimar, incluso implícitamente.

Desde el punto de vista de la legitimación pasiva, ésta corresponde, además de las instituciones, a cualquier otro órgano u organismo de la Unión que pueda mantener una relación laboral. El recurso deberá interponerse en un plazo de tres meses a partir de la fecha de notificación de la decisión que resuelva la reclamación.¹¹⁷

En cuanto a los efectos de la sentencia, ésta es de carácter declarativo y no tiene poder para ordenar a la Administración la adopción de medidas específicas.¹¹⁸

¹¹⁴ Como señaló el Tribunal de la Función Pública, suprimido, en el asunto F-77/15, *Zink/Commissione*, de 11 de abril de 2016, la comunicación a un funcionario de una nómina de sueldos tiene como efecto hacer correr los plazos de reclamación y de recurso contra una decisión administrativa únicamente si de dicha nómina de sueldos se desprende claramente la existencia y el alcance de dicha decisión. El recurso de casación también puede referirse a un error material.

¹¹⁵ Como señaló el Tribunal de Justicia en el asunto C-831/18 P, *Commissione/RQ*, de 18 de junio de 2020, el perjuicio también puede consistir en la suspensión de la inmunidad de un funcionario.

¹¹⁶ En el asunto F-111/15, de 25 de mayo de 2016, *GW/Commissione*, el Tribunal de la Función Pública declaró que el procedimiento prejudicial, habida cuenta de su propia finalidad, que es permitir a la Administración revisar su decisión, tiene un carácter evolutivo, de modo que la Administración, al desestimar la reclamación, puede verse obligada a modificar a este respecto, el Tribunal de Primera Instancia alegó que el Tribunal de Primera Instancia había adoptado el acto impugnado. A pesar de ello, es precisamente la legalidad del acto inicial lesivo lo que debe examinarse, y ello a la luz de la motivación contenida en la resolución desestimatoria de la reclamación.

¹¹⁷ En caso de medidas implícitas, el plazo de tres meses se contará a partir de la expiración del plazo de cuatro meses previsto para la resolución de la reclamación administrativa. El Tribunal de la Función Pública, en su sentencia F-47/15, de 25 de enero de 2016, *Darchy/Commissione*, recordó que los plazos de reclamación y de recurso tienen por objeto salvaguardar, en el seno de las instituciones de la Unión, la seguridad jurídica, indispensable para su buen funcionamiento, evitando cuestionar indefinidamente los actos de la Unión que producen efectos jurídicos.

¹¹⁸ En la sentencia C-377/16, de 26 de marzo de 2019, *Spagna/Parlamento*, la Gran Sala del Tribunal de Justicia anuló, en el marco de un recurso de anulación interpuesto con arreglo al artículo 263 del TFUE, una convocatoria de manifestación de interés publicada por el Parlamento Europeo para la contratación de agentes contractuales para la realización de tareas de conductor, que había limitado la elección de la «lengua 2» del procedimiento de selección únicamente a las lenguas inglesa, francesa y alemana y obligó a elegir entre ellas la lengua de comunicación a efectos del procedimiento.

D. La Unión de Derecho y la cuestión prejudicial: ¿una forma peculiar de orden constitucional?

La cuestión prejudicial constituye, como ya se mencionó con anterioridad, la piedra angular del sistema judicial de la Unión,¹¹⁹ que se fundamenta en la denominada "cooperación judicial",¹²⁰ permitiendo al juez estatal ser llamado a aplicar el Derecho de la Unión para disipar sus propias dudas interpretativas, suspendiendo el proceso y dirigiéndose al Tribunal. Lo mismo puede hacer un juez que tenga dudas sobre la validez y la interpretación de los actos realizados por las instituciones, los órganos o los organismos de la Unión.¹²¹

El artículo 267 del TFUE establece un procedimiento no contencioso que contiene sus propios dos tipos de remisión los cuales, como se observa en la doctrina, son similares y en algunos casos intercambiables, aunque no faltan "asimetrías" entre uno y otro.¹²²

Para una mayor claridad expositiva y funcional para la investigación que nos hemos propuesto realizar, nos ocuparemos a continuación de la cuestión prejudicial de validez en sus elementos constitutivos y en relación con los efectos de la sentencia, para luego detenernos en los siguientes párrafos en la cuestión prejudicial de interpretación, a fin de examinar sus características "constitucionales".

¹¹⁹ Sobre la cuestión prejudicial, véase K. Lenaerts, "The Unity of European Law and the Overload of the ECJ-The System of Preliminary Ruling Revisited", en *The Global Community-Yearbook of International Law and Jurisprudence-2005*, Oceana Publications, 2006, vol. 1, pp. 173 y ss.

¹²⁰ C-16/65, 1 de diciembre de 1965, *Firma/Schwarze*.

¹²¹ El primer párrafo del art. 267 del TFUE establece que el Tribunal de Justicia se pronuncia prejudicialmente «a) sobre la interpretación de los Tratados; b) la validez e interpretación de los actos realizados por las instituciones, los órganos, las oficinas o los organismos de la Unión».

¹²² F. Ferraro y F. Rolando, "Asimmetrie tra rinvio pregiudiziale di interpretazione e di validità", en F. Ferraro, C. Iannone (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 18, observa que «el juicio sobre la interpretación y el sobre la validez de la norma de la Unión no pueden ponerse exactamente al mismo nivel. De hecho, la expresión interpretación se refiere a cualquier cuestión que pueda suscitarse en relación con la determinación del sentido y alcance de la norma comunitaria, con independencia de su validez y eficacia».

Las diferencias entre la cuestión prejudicial de interpretación y de validez son imputables al objeto, a los fines, a la dicotomía facultad-obligación y a los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia.

Por lo que respecta a su objeto, mientras la cuestión prejudicial de interpretación puede referirse a cualquier aspecto del Derecho de la Unión, ya sean los Tratados o el derecho derivado de los mismos, la cuestión prejudicial que tenga por objeto examinar su validez debe limitarse al derecho secundario, no pudiendo ir tan lejos como para pretender evaluar la validez del derecho primario,¹²³ que es fruto de los acuerdos de los Estados miembros.

El ámbito de aplicación del derecho secundario que puede ser objeto de la remisión se extiende tanto a los actos vinculantes como a aquellos no vinculantes, es decir, a las recomendaciones y los dictámenes, que como vimos anteriormente, quedan excluidos del recurso de anulación. Tampoco están sujetos a control los actos del Tribunal de Justicia, ni los autos, ni los dictámenes.

También hay una falta de coincidencia entre los dos tipos de remisión, en lo que a tratados internacionales respecta.¹²⁴

Finalmente, parece encontrarse una última diferencia en relación con la obligación de acudir al Tribunal, que será examinada con mayor detalle más adelante, en relación con la cuestión prejudicial de interpretación.

¹²³ De hecho, la expresión "Tratados" debe entenderse en el sentido más amplio posible, de forma que incluya la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los Protocolos anexos y los principios generales -aunque no estén escritos- del Derecho de la Unión, que, sin embargo, puede ser objeto de una referencia preliminar de interpretación.

¹²⁴ Como señalan Ferraro e Rolando, *cit. ut supra*, p. 23, «[...] el juzgador nacional puede pedir al Tribunal de Justicia, mediante una Cuestión prejudicial, que interprete el contenido de una disposición del acuerdo o convenio internacional, del mismo modo que puede pedir que interprete los actos adoptados por los órganos establecido en el marco del acuerdo internacional. Además, en caso de que el juzgador nacional interroge al Tribunal sobre la validez de un acuerdo internacional celebrado por la Unión Europea, la remisión debe entenderse referida no al acuerdo en sí mismo, sino al acto por el cual se firmó el acuerdo. celebrado en nombre de la Unión, es decir, la decisión del Consejo».

En este sentido, si bien es indiscutible la obligación de dirigirse al Tribunal mediante remisión de interpretación que compete el juez de última instancia, en el caso de la validez esta obligación se extiende también al juez y no a la última instancia. Sólo el Tribunal es competente para pronunciarse sobre la validez de un acto y subsiste la obligación de remitirlo, aunque ya se haya pronunciado sobre la nulidad de un acto similar.

La cuestión prejudicial de validez se configura como una posibilidad de ampliar el catálogo de recursos disponibles frente a la ilegitimidad de un acto del derecho secundario, dado que las personas físicas y jurídicas deben "limitarse" en la mayoría de los casos a plantear la nulidad en el caso de una causa pendiente ante un juez estatal.¹²⁵

Solicitar al Tribunal que se pronuncie sobre la validez, se configura, por tanto, para el juez nacional como la obligación de admitir los recursos interpuestos contra los actos nacionales que no serían impugnables en invalidez,¹²⁶ siempre que no constituyan una ingeniosa *estratagem*a destinada únicamente a evitar correr el término de la acción de nulidad.¹²⁷

En cuanto a los efectos de la sentencia, la *desestimación* del recurso tiene carácter *declarativo* y debe entenderse en el sentido de que en el acto en que se basa la remisión no se presenta la/las razón/razones específica/específicas de invalidez que había/habían sido solventada/solventadas, pero no puede configurarse como una declaratoria de validez definitiva.

¹²⁵ Como ha señalado L. Coutron, *cit.*, p. 199, «Ce faisant, les voies de droit nationales sont censées pallier l'insuffisance de l'accès des personnes physiques et morales au contrôle direct de la légalité communautaire».

¹²⁶ Este es el caso de un acto preparatorio como una decisión de la Comisión, que rechaza una solicitud de ayuda del solicitante, limitándose a repetir la posición ya expresada por las autoridades italianas en un dictamen, que es un acto contra el cual los procedimientos internos no prevén la posibilidad de recurso. Contra este tipo de actos también puede formularse una remisión prejudicial de validez, tal como consta en la sentencia C-97/91, de 3 de diciembre de 1992, *Oleificio Borelli SpA/Commissione delle Comunità europee*.

¹²⁷ Así C-188/92, 9 de marzo de 1994, *TWD/ Repubblica Federale di Germania*. Para una superación parcial de esta jurisprudencia, véase C-222/04, 10 de enero de 2006, *Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di risparmio di Firenze e altri*.

De este modo, la declaración de no invalidez deja, por tanto, la puerta abierta a una posible cuestión prejudicial de validez basada en diferentes causales de invalidez. Sin embargo, el alcance de la sentencia que declara la no nulidad tiene un efecto *erga omnes*, como el de condenar automáticamente al fracaso cualquier aplazamiento posterior fundado en casos no declarados nulos por el Tribunal.

La estimación del recurso tiene un efecto *retroactivo* y *erga omnes*. En relación con la retroactividad, el efecto *ex tunc* de la sentencia es equiparable a la estimación del recurso de nulidad.¹²⁸ A la par del recurso de invalidez, el Tribunal ha previsto, considerando los mismos requisitos de certeza jurídica, la posibilidad de limitar en el tiempo los efectos de un acto del cual la sentencia declara la nulidad.

La limitación de los efectos en el tiempo constituye una prerrogativa exclusiva del Tribunal, que puede preverse tanto a favor del recurrente como de cualquier otro operador económico que hubiera actuado de manera similar al recurrente antes de la declaración de invalidez.¹²⁹ Aun cuando se limitan los efectos de una declaración de invalidez, al Tribunal le preocupa que los interesados no se vean privados del derecho a la tutela judicial efectiva en caso de violaciones a la legalidad por parte de las instituciones.

Los efectos de la sentencia que declara la invalidez de un acto tienen también un valor *erga omnes*, lo cual impide a los tribunales nacionales realizar una nueva remisión¹³⁰ destinada a examinar cualquier tema que tras la sentencia del Tribunal se configura ahora como "aclarado".

¹²⁸ Sobre los efectos en el tiempo de las decisiones prejudiciales del Tribunal de Justicia, véase D. Simon, "L'effet dans le temps des arrêts préjudiciels de la Cour de justice des Communautés européennes : enjeu ou prétexte d'une nouvelle guerre des juges?", en *Liber amicorum P. Pescatore*, Nomos, Baden-Baden, 1987, pp. 651 y ss.

¹²⁹ C-112/83, 27 de febrero de 1985, *Société des produits de maïs/Administration des douanes et droits indirects*.

¹³⁰ C-66/80, 13 de mayo de 1981, *SpA International Chemical Corporation/Amministrazione delle finanze dello Stato*.

La posibilidad de presentar una nueva cuestión prejudicial de validez una vez declarada la invalidez de un acto sólo es posible en forma residual, cuando se plantee una cuestión relativa a las razones, alcance y consecuencias de la invalidez anteriormente declarada.

I. En la búsqueda de los indicios de constitucionalidad del procedimiento de cuestión prejudicial de interpretación

La búsqueda de carácter constitucional de las sentencias del Tribunal de Justicia encuentra una pista segura, a nuestro juicio, ya en el propio procedimiento de remisión, que se inspira en gran medida en el llamado control de constitucionalidad "incidental" italiano. A la par de esto, en efecto, la cuestión prejudicial de un acto realizado por las instituciones, los órganos o los organismos de la Unión se plantea como un "accidente" en el marco de un proceso común, teniendo por objeto cualquier asunto controvertido para el cual deba examinarse la compatibilidad con el Derecho de la Unión, y es remitida al Tribunal por el juez de ese juicio.

Así como sucede con los llamados jueces "comunes" en el juicio de constitucionalidad italiana, a los jueces nacionales se les confía, según una imagen utilizada por Piero Calamandrei para describir el sistema estatal de justicia constitucional, el papel de "guardianes" de la decisión prejudicial, quienes tienen la facultad de abrir o cerrar la puerta que da entrada al Tribunal.

Al igual que el sistema italiano, la cuestión prejudicial sobre interpretación establece un diálogo permanente de los órganos jurisdiccionales de la Unión con los órganos jurisdiccionales estatales, que es esencial en la creación de ese "puente" destinado a garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en todo su territorio¹³¹ y, añadimos, a la construcción de la justicia constitucional europea.

¹³¹ La metáfora del puente es tomada G. Vandersanden, en *Renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruselas, Bruylant, 2013. Sobre el diálogo, véase al menos K. Lenaerts, "Le dialogue des juges", en *Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice: Le dialogue des juges*, Bruselas, Bruylant, 2007, p. 121.

El mecanismo de remisión permite desempeñar dos funciones muy importantes: por un lado, una función nomofiláctica, creando la uniformidad interpretativa que constituye la condición previa para la aplicación del Derecho de la Unión en los 27 Estados miembros de manera homogénea; por otro lado, refuerza las jurisdicciones nacionales¹³² subrayando su contribución decisiva a la construcción del ordenamiento jurídico de la UE.¹³³

El derecho a solicitar a los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea que se pronuncien sobre la interpretación en vía prejudicial está consagrada en el artículo 267 del TFUE, que identifica, como se ha dicho, dos categorías de competencia: la de los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia, que *deben* dirigirse al Tribunal (art. 267 del TFUE, apartado 3), a menos que consideren —como se verá más adelante— que pueden prescindir de él, y la de los órganos jurisdiccionales estatales inferiores (contra cuyas decisiones se puede recurrir), que *pueden* decidir discrecionalmente si acuden o no ante el Tribunal (art. 267 del TFUE, apartado 2). Estos últimos, en cierto sentido, gozan de una mayor libertad para determinar si, y en qué medida, es crucial plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal para resolver la controversia interna. El alcance de la libertad de los jueces estatales es subrayado por el Tribunal de Justicia, que poco a poco ha ido haciendo un lío de los obstáculos procesales internos que pueden entorpecer la decisión del juez nacional de solicitar el auxilio interpretativo que necesita para resolver "su" caso.¹³⁴

¹³² T.von Danwitz, *Le dialogue de juge à juge. Considérations sur les devoirs réciproques des juges dans le cadre de la coopération juridictionnelle instaurée par l'article 267 du T.F.U.E.*, en AA.VV., *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015): liber amicorum Vassilios Skouris*, Luxemburgo, 2015, p. 713.

¹³³ En el *Dictamen 1/09*, de 8 de marzo de 2011, el Tribunal subraya que los tribunales nacionales participan estrechamente en la buena aplicación y en la interpretación uniforme del Derecho de la Unión y en la protección de los derechos que este ordenamiento jurídico confiere a los particulares.

¹³⁴ En este sentido, véase *C-689/13*, 5 de abril de 2016, *Pulignica Facility Esco SpA (PFE)/ Airgest SpA*. Otro ejemplo, que se examinará en el párrafo siguiente, es el *C-561/19*, *Consortio Italian Management e Catania Multiservizi/Rete Ferroviaria Italiana SpA*.

Una vez consultada por el juez interno, quien debe exponer claramente las razones por las cuales es necesario un pronunciamiento de la Corte, ésta está obligada a responder, salvo en algunos casos: cuando se trate de una controversia ficticia; en las hipótesis en que se planteen cuestiones puramente generales o hipotéticas, desprovistas de una conexión necesaria con el objeto del caso; finalmente, cuando la solicitud no vaya acompañada con una perspectiva suficiente del marco fáctico y de derecho interno, lo que impide una interpretación "útil" del Derecho de la Unión.

El Tribunal también ha accedido a pronunciarse en el caso de cuestiones que podríamos calificar de "internas", es decir, cuando requiere la interpretación de las normas de la Unión en relación con una situación que, aunque es regulada por el derecho nacional, se refiera sin embargo al Derecho de la Unión, o en el caso en el cual una norma estatal reproduzca fielmente una norma de la Unión.

Si el órgano jurisdiccional nacional alberga dudas sobre la compatibilidad de una norma nacional con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, solo puede dirigirse al Tribunal en aquellos casos en los que la normativa nacional cae dentro de la aplicación del Derecho de la Unión (artículo 51 de la Carta). Respecto a este tema, el Tribunal ha establecido una relación bidireccional entre la aplicabilidad del Derecho de la Unión y las disposiciones de la Carta.¹³⁵

La calidad de competencia para recurrir al Tribunal corresponde, en principio, a todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, sin que ninguna legislación interna pueda anularla de alguna manera, o sólo oponerse a ella, haciendo que sea más difícil su ejercicio. La noción de jurisdicción nacional tiene un carácter "autónomo", que se deriva de

¹³⁵ En C-617/10, de febrero de 2013, *Åklagaren/Hans Akeberg Fransson*, el Tribunal sostuvo que los derechos fundamentales garantizados por la Carta deben respetarse cuando una normativa nacional entra en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Por lo tanto, no debe haber casos que entren dentro de la aplicación de la legislación de la Unión sin que sean aplicables los derechos fundamentales de la Carta.

la interpretación del Tribunal,¹³⁶ con independencia de las cualificaciones de los Estados miembros, y exige que concurren un conjunto de elementos, tales como: el origen jurídico del órgano, su carácter permanente, la obligatoriedad de su competencia, el carácter contencioso del procedimiento, la aplicación de las normas jurídicas por parte del órgano y su independencia, este último criterio, que no puede darse por hecho a causa de la crisis del Estado de Derecho que están atravesando algunos Estados miembros, que mencionamos en la introducción.

II. La debida remisión a los tribunales superiores

¿Puede encontrarse una indicación adicional del carácter constitucional del Tribunal en la obligación, establecida en el artículo 267 del TFUE, apartado 3, que incumbe a los órganos jurisdiccionales de última instancia de los Estados miembros, de recurrir a los órganos jurisdiccionales de Luxemburgo para resolver cualquier duda interpretativa del Derecho de la Unión? Dado que la *razón* esencial del deber de remisión es evitar que en los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia —que tradicionalmente rigen una función nomofiláctica— se produzca una interpretación errónea del Derecho de la Unión,¹³⁷ ya que está llamado en última instancia a garantizar la protección que el Derecho de la Unión confiere sobre los individuos,¹³⁸ ¿es posible afirmar que esta especie de "jerarquía en la interpretación" sigue a la existente a nivel estatal en los sistemas de control constitucional concentrado y que constituye el *quid* de los sistemas de justicia constitucional?¹³⁹

¹³⁶ C-61-65/66, 30 de junio de 1966, *Vaassen-Göebbels/Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*. Este conjunto de "índices" fue luego sistematizado treinta años después, en el asunto C-54/96, 17 settembre 1997, *Dorsch Consult*.

¹³⁷ C-495/03, 15 de septiembre de 2005, *Intermodal Transports*, punto 29 e C-107/76, 13 febbraio 1979, *Hoffman-La Roche*, apartado 5.

¹³⁸ Conclusiones del Abogado General Bot, presentadas el 24 de abril de 2007 en el asunto Causa C-2/06.

¹³⁹ Como lo señala M. Cartabia, en "Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about the Preliminary Ruling", en *German Law Journal*, 2016, n. 6, pp. 1791-1796, varias son las reacciones del Tribunal Constitucional, que oscilan entre: (i) *Implementation and promotion*: although it is a common assumption that EU law tends to displace Constitutional Courts at the

A nuestro juicio, puede inferirse una respuesta positiva en este sentido, tanto de la expresa previsión de los supuestos en que se elude la obligación de remisión, que son excepciones que confirman el deber obligatorio de dirigirse al Tribunal, como de las estrictas consecuencias que se derivan por incumplimiento de la debida remisión.

En cuanto al primer aspecto, el Tribunal de Justicia ha desarrollado en la conocida sentencia *Cilfit* de 6 de octubre de 1982 los tres supuestos en los que la obligación de los jueces de última instancia de dirigirse al Tribunal ante cuestiones de interpretación del Derecho de la Unión ya no es válida. Son casos de: irrelevancia en la cuestión; del *acte éclairé* —es decir, cuando la cuestión es materialmente idéntica a otra ya decidida o existe jurisprudencia consolidada del Tribunal sobre este punto— y del *acte clair*, cuando la interpretación del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no da lugar a dudas razonables. En cuanto a la última hipótesis, el Tribunal de Justicia recordó la necesidad de interpretar el Derecho de la Unión en función de sus características intrínsecas y teniendo en cuenta las particulares dificultades de interpretación que plantea en cuanto a las diferencias lingüísticas entre las distintas versiones de las disposiciones y la autonomía de sus conceptos, así como el riesgo de diferencias de interpretación jurisprudencial que puedan surgir en el seno de la Unión.

margin of the European legal order,' because it primarily relies on the cooperation of lower national Courts, undoubtedly the Constitutional Courts' mission includes the enforcement of European obligations; (...) (ii) *Reluctance*: a number of Courts are inclined to contain the use of transnational law to a minimal level in their own decisions and decide cases on domestic grounds rather than on European ones, tend to avoid formal referral to supranational law and case law; (...) (iii) *Defense*: starting in the 1970s, an increasing number of Constitutional Courts have developed some "safeguard clauses" designed to protect the core values of the national constitutional identity from all forms of interference from foreign or EU law; (...) (iv) *Challenge*: occasionally some Constitutional Courts have challenged straightforwardly a piece of EU legislation or a decision of the European Court on *ultra vires* grounds or on grounds of conflict with basic principles of the national constitutional order. (...); (v) *Participation*: in recent years, an increasing number of Constitutional Courts have contributed to the development of common legal principles, taking an active role on the European stage, interpreting and enforcing European standards and especially making use of the preliminary ruling. Como recuerda el autor, estos enfoques no siempre son alternativos, pues pueden coexistir en la jurisprudencia de un mismo juez constitucional.

Casi cuarenta años después, el Tribunal volvió a la cuestión para confirmar las tres excepciones mencionadas con las recientes sentencias *Conorzio Italian Management* y *Catania Multiservizi SpA* de 8 de octubre de 2021.¹⁴⁰ El juez de la Unión reiteró las hipótesis, que históricamente habían sido esbozadas por la sentencia *Cilfit*, en las que el juez nacional de última instancia, ante una cuestión relativa a la aplicación del Derecho de la Unión, está exento de la obligación de someter el asunto al Tribunal mediante la cuestión prejudicial.¹⁴¹

En el presente caso, el órgano supremo de la justicia administrativa italiana pretendía saber, en particular, si un juez nacional de última instancia estaba obligado a plantear al Tribunal de Justicia una cuestión relativa a la interpretación del Derecho de la Unión si una parte le había planteado dicha cuestión en una fase avanzada del procedimiento, después de que el caso ha sido retenido por primera vez por una decisión, o cuando ya se hubiera formulado una petición de decisión prejudicial en dicho procedimiento.

¹⁴⁰ C-561/19, *Conorzio Italian Management e Catania Multiservizi/Rete Ferroviaria Italiana SpA*. La confirmación se produjo a pesar del consejo del Abogado General Bobek, quien en sus Conclusiones del 15 de abril de 2021 había sugerido al Tribunal de Justicia que se sobrepasara parcialmente a la jurisprudencia de *Cilfit*. Para un comentario sobre este tema, consulte a G. Martinico, L. Pierdominici, Rivedere CILFIT? Riflessioni giuscomparatistiche sulle conclusioni dell'avvocato generale Bobek nella causa *Conorzio Italian management*, en *Giustizia insieme*, 17 de junio de 2021, n. 1760, «<https://www.giustiziasieme.it/it/diritto-ue/1760-rivedere-cilfit-riflessioni-giuscomparatistiche-sulle-conclusioni-dell-avvocato-generale-bobek-nella-causa-conorzio-italian-management-di-giuseppe-martinico-eleonardo-pierdominici>».

¹⁴¹ La sentencia comenzaba con una primera cuestión prejudicial con la que el Consejo de Estado había remitido al Tribunal de Justicia en 2017 en el marco de un litigio relativo a un contrato público de servicios de limpieza, en particular, para estaciones de ferrocarril italianas. El tribunal luxemburgués dictó su sentencia en 2018. Posteriormente, las partes en dicho litigio solicitaron al órgano jurisdiccional remitente que planteara otras cuestiones prejudiciales al Tribunal. El Consejo de Estado ha planteado preliminarmente al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: "[S] y, de conformidad con el artículo 267 del TFUE, el juez nacional, cuyas decisiones no pueden ser objeto de recurso judicial, está obligado, en principio, a proceder a la remisión preliminar de una cuestión de interpretación del derecho de la Unión Europea, incluso en los casos en que dicha cuestión le sea propuesta por una de las partes en el juicio después de su primer acto de iniciación del juicio o de constitución en mismo, o después de que el asunto haya sido conocido por primera vez en decisión, o incluso después de que ya se haya producido una primera cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea".

El Tribunal ha dictaminado que un órgano jurisdiccional nacional de última instancia no puede eximirse del deber de proponer una cuestión prejudicial únicamente porque ya la haya abordado en el mismo procedimiento. Asimismo, se reiteró que, si el juzgador estatal de última instancia considera que está exento de la obligación de plantear cuestión prejudicial al tribunal, debe fundamentar su decisión especificando cuál de las tres hipótesis de *Cilfit* considera que existe. En particular, la iniciativa de las partes en el juicio de última instancia no puede privar al juez de su independencia para analizar si se recurre o no a uno de los supuestos en los que está exento de acudir al Tribunal. Sin embargo, si no se cumple ninguna de las hipótesis anteriores, el órgano jurisdiccional superior está obligado a plantear al Tribunal de Justicia cualquier cuestión relativa a la interpretación del Derecho de la Unión que se le plantee. La obligación no cesa aun en el caso en el cual el juez ya haya interpuesto una cuestión prejudicial cuando, tras la decisión del Tribunal, subsistan cuestiones de interpretación del Derecho de la Unión cuya resolución sea necesaria para dirimir el litigio.¹⁴²

No obstante, el Tribunal de Justicia ha reiterado que el juez de última instancia puede abstenerse de la cuestión prejudicial por causas de inadmisibilidad inherentes a la regulación del procedimiento del que conocen, sin perjuicio del respeto de los principios de igualdad y de efectividad de la tutela judicial.¹⁴³

III. Los efectos de la sentencia

El Tribunal ante el silencio del Tratado, ha establecido que la sentencia prejudicial tiene dos características: un *carácter imperativo*, que se impone

¹⁴² La falta de remisión, si corresponde a los tribunales superiores, no está exenta de consecuencias y puede ayudar a esbozar un índice adicional de la naturaleza constitucional de la cuestión prejudicial. De hecho, la falta de aplazamiento puede constituir una acción por indemnización contra el Estado miembro, el comienzo por parte de la Comisión de un procedimiento de infracción o incluso una violación del art. 47, párrafo 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales por la inobservancia del derecho a un juicio justo y a un juez preestablecido por la ley.

¹⁴³ Es importante señalar que, en sus conclusiones, el Abogado General Bobek esperaba que se superaran los criterios *Cilfit* y, de manera más general, un replanteamiento del instrumento de la cuestión prejudicial, no con vistas a la mera correcta aplicación del Derecho de la Unión al caso concreto, sino en una función nomofláctica.

erga omnes a todos los tribunales nacionales, y un *carácter retroactivo*, que se impone *ex tunc* desde el momento de la entrada en vigor de la norma interpretada.

Por lo que se refiere a su naturaleza *erga omnes*, la interpretación dada a la norma vincula tanto al órgano jurisdiccional remitente¹⁴⁴ como a los demás órganos jurisdiccionales nacionales —los cuales, no obstante, son libres de determinar si necesitan aclaraciones adicionales por parte del Tribunal— y a todos los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembros. Las sentencias prejudiciales interpretativas tienen un carácter declarativo y se convierten en uno mismo la norma interpretada, aclarando y precisando tanto su interpretación como su alcance.

En cuanto al carácter *ex tunc*, la interpretación "cristalizada" en el momento de la entrada en vigor determina la posibilidad de aplicar la norma interpretada a las relaciones jurídicas surgidas y establecidas antes de la resolución sobre la solicitud de interpretación.¹⁴⁵ Normalmente, sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal surten efecto desde el momento de la entrada en vigor de la norma de Derecho de la Unión que fue objeto de la interpretación.

Sin embargo, el propio Tribunal limitó la aplicabilidad indiscriminada *ex tunc* de los efectos de la sentencia estableciendo dos excepciones a la regla: consideraciones imperativas de seguridad jurídica, por una parte, y la ambigüedad del Derecho de la Unión, por la otra. En ambos casos, cesa el carácter retroactivo de la sentencia y la interpretación será válida sólo para el futuro.

La exigencia de no poner a discusión la certeza de las relaciones jurídicas constituye un freno a la retroactividad de los efectos de la norma siempre que sólo se desprenda de la propia sentencia que se pronuncie sobre la interpretación solicitada, se configura como excepcional y está justifi-

¹⁴⁴ C-29/68, 4 de abril de 1968, *Milch-Fett- und Eierkontor*.

¹⁴⁵ C-61/79, 27 de marzo de 1980, *Denkavit italiana*.

cada por los graves problemas que la sentencia podría suponer para las relaciones jurídicas establecidas de buena fe.¹⁴⁶ A tal fin, debe concurrir la buena fe de los interesados y el riesgo de graves inconvenientes, cuya demostración es responsabilidad del Estado que los invoca.¹⁴⁷

El Tribunal sólo hizo uso de esta excepción en circunstancias muy específicas, en concreto cuando existía riesgo de repercusiones económicas graves, debido particularmente al gran número de relaciones jurídicas establecidas de buena fe sobre la base de la normativa considerada válidamente vigente, cuando parecía que los particulares y las autoridades nacionales habían sido inducidos a adoptar conductas que no se ajustaban al Derecho de la Unión, debido a una incertidumbre objetiva y significativa sobre el alcance de las disposiciones del Derecho de la Unión, incertidumbre a la que puede haber contribuido el mismo comportamiento de otros Estados miembros o de la Comisión.¹⁴⁸

Todo el tiempo, en virtud de las imperativas consideraciones de certeza jurídica, la Corte ha admitido que, excepcionalmente, es posible conceder una suspensión provisional del efecto de inaplicación ejercido por una norma de Derecho de la Unión respecto de normas de derecho interno en conflicto con ella.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Sobre la base de esta premisa, el Tribunal ha establecido, por ejemplo, en el caso C-24/86, de 2 de febrero de 1988, *Blaizot/Université de Liège*, el carácter discriminatorio de una tasa de inscripción complementaria impuesta por las universidades belgas a los estudiantes de la facultad de Veterinario que fuera ciudadano de otros Estados miembros. La retroactividad es eliminada por el Tribunal por la razón preeminente de no cuestionar las relaciones jurídicas cuyos efectos se han agotado en el pasado porque tendrían consecuencias negativas sobre el sistema de financiación universitaria que podrían acarrear consecuencias imprevisibles sobre el buen funcionamiento de las instituciones académicas

¹⁴⁷ C-339/19, 16 de septiembre de 2020, *Romenergo e Aris Capital*. El Tribunal utilizó el recurso únicamente en circunstancias muy específicas, en particular cuando existía el riesgo de repercusiones económicas graves debido, en particular, al gran número de relaciones jurídicas establecidas de buena fe sobre la base de la legislación considerada válidamente vigente y cuando parecía que los particulares y las autoridades nacionales se habían visto inducidos a comportarse en contravención del Derecho de la Unión en razón a una incertidumbre objetiva y significativa en cuanto al alcance de las disposiciones del Derecho de la Unión, falta de certeza a la que posiblemente habían contribuido los mismos comportamientos de otros Estados miembros o por la Comisión Europea.

¹⁴⁸ C-274/18, 3 de octubre de 2019, *Schuch-Ghannadan*.

¹⁴⁹ Esto es lo que hizo el Tribunal de Justicia en las sentencias C-409/06, de 8 de septiembre de 2010, *Winner Wetten*, y Causa C-379/15, de 28 de julio de 2016, *Association France Nature Environnement*.

Esta prerrogativa está reservada exclusivamente al propio Tribunal, de cuya jurisprudencia se desprende, por una parte, que si los órganos jurisdiccionales nacionales tuvieran la facultad de conferir primacía a las normas nacionales, aunque sólo fuera de forma provisional, en caso de conflicto con el Derecho de la Unión, se pondría en riesgo la aplicación uniforme del Derecho de la Unión.¹⁵⁰ Por otra parte, si el derecho interno lo permite, un juzgador nacional puede, excepcionalmente y tras un examen caso por caso, limitar la eficacia en el tiempo de una declaración de ilegalidad de una disposición de derecho nacional adoptada en incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Unión Europea, como en el caso de la Directiva de Evaluación Ambiental Estratégica. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si dispone de medios procesales que le permitan mantener provisionalmente las normas nacionales, a pesar de su invalidez. En caso contrario, no podría aplicarse la jurisprudencia del Tribunal sobre la limitación temporal del efecto excluyente de la primacía.¹⁵¹

No obstante, el Tribunal ha establecido una excepción a esta excepción, reafirmando la regla de la retroactividad de los efectos de la sentencia, en favor de aquellos solicitantes que previamente hubieran interpuesto recurso o formulado una queja equivalente.¹⁵²

La segunda excepción al efecto *ex tunc* de la sentencia, como se mencionó anteriormente, está determinada por la ambigüedad del Derecho de la Unión, que ha sido disipada únicamente por la sentencia interpretativa, cuyos efectos serán, por tanto, válidos sólo para el futuro.¹⁵³

¹⁵⁰ Así el Tribunal en C-411/17, 29 de julio de 2019, *Inter-Environnement Wallonie ASBL e Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen ASBL/Conseil des ministres* e in C-24/19, 25 giugno 2020, *Impianti eolici di Aalter e Nevele*.

¹⁵¹ Como señaló el Abogado General Campos Sánchez Bordona en las Conclusiones presentadas el 16 de septiembre de 2021 en relación con la Causa C-300/20, *Bund Naturschutz in Bayern/Landkreis Rosenheim*, sobre la anulación de los reglamentos relativos a las zonas de protección de la naturaleza y del paisaje por no haber sido objeto de una EAE preliminar, en el supuesto de que la el derecho interno permitiría la exclusión temporal de la primacía, debe justificarse mediante una contraprestación imperativo relacionado con la protección del medio ambiente y que la anulación de la normativa produzca un vacío normativo tal que ponga en peligro la protección del medio ambiente.

¹⁵² C-43/75, 8 de abril de 1976, *Defrenne/Sabena*.

¹⁵³ C-501/12, 19 de junio de 2014, *Specht*.

IV. La primacía de la interpretación del Tribunal de Justicia sobre la identidad constitucional de los Estados miembros

La última pieza en la reconstrucción de la naturaleza constitucional del Tribunal es, según nuestra opinión, el predominio de su interpretación sobre la identidad constitucional de los Estados miembros, que siempre ha representado un baluarte infranqueable en la definición de los roles entre los Estados miembros y la Unión.

El juzgador nacional está vinculado a la interpretación que el Tribunal hace de las disposiciones en cuestión. Estas deben partir, en su caso, de las apreciaciones del órgano jurisdiccional superior, incluso de las del Tribunal Constitucional Nacional, si considera, a la luz de esta interpretación del Tribunal, que tales disposiciones no son conformes al Derecho de la Unión. En los casos en que un Estado miembro invoque la identidad nacional para justificar el incumplimiento de disposiciones del Derecho de la Unión, el Tribunal examinará si dichas disposiciones constituyen, de hecho, una amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad o para las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de un Estado miembro. Las afirmaciones vagas, genéricas y abstractas no alcanzan ese umbral. En cualquier caso, toda afirmación de la identidad nacional debe respetar los valores comunes a los que se refiere el artículo 2 del TUE, y basarse en los valores indivisibles y universales mencionados en el segundo párrafo del preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Los tribunales nacionales deben garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en todos los Estados miembros y proporcionar los recursos judiciales necesarios para garantizar una tutela judicial efectiva. La naturaleza del recurso judicial depende de si el acto o medida de la Unión tiene o no efecto directo. Cuando el acto o medida de la Unión no tiene efecto directo, su carácter vinculante implica, no obstante, la obligación de los tribunales nacionales de interpretar el derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión.

En determinadas circunstancias, el incumplimiento de esta obligación puede dar lugar a una acción de indemnización contra el Estado. Por tanto, los órganos jurisdiccionales nacionales llamados a decidir sobre cuestiones relativas a la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión deben poder ejercer sus funciones con plena autonomía, dirigiéndose al Tribunal sin estar sujetos a ningún vínculo jerárquico o de subordinación y sin recibir órdenes o instrucciones de ninguna fuente. Entre estas intervenciones y presiones externas prohibidas se incluyen las decisiones de un juzgador constitucional estatal, como la reciente decisión del Tribunal Constitucional rumano,¹⁵⁴ que tiene como objetivo evitar que los tribunales nacionales garanticen la plena aplicación del Derecho de la Unión y la protección judicial de los derechos de las personas que de ésta se derivan.¹⁵⁵

E. Conclusiones

Llegado el final de nuestro análisis, aunque no exhaustivo, sobre el panorama de los efectos de las sentencias del juez de la Unión, se impone una última reflexión conclusiva sobre la importancia que ejercen las sentencias del Tribunal en el contexto de los ordenamientos jurídicos estatales y sobre la presencia de los diversos *índices* o —en una perspec-

¹⁵⁴ Sentencia número: 390/2021 del Tribunal Constitucional en: «https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2021/07/Decizie_390_2021_EN.pdf».

¹⁵⁵ Como señaló el Abogado General Collins en sus conclusiones presentadas el 20 de enero de 2022 en la causa C-430/21, de Esta regla impide, de hecho, que el órgano jurisdiccional remitente valore si el establecimiento y el funcionamiento del GRIC se ajustan al Derecho de la Unión y, cuando sea necesario y adecuado, a la luz de las indicaciones proporcionadas por el Tribunal en su sentencia de 18 de mayo de 2021, para dejar de aplicar las disposiciones pertinentes del derecho nacional, de conformidad con los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la Unión. El Abogado General concluye que, en la Decisión n. 390/2021 ha asumido jurisdicción ilegalmente, en violación del artículo 19, apartado 1, párrafo segundo, del TUE, en contravención del principio de primacía del Derecho de la Unión y del requisito fundamental de la independencia del poder judicial. El principio de independencia judicial, en conjunción con el artículo 2 TUE y el artículo 47 de la Carta, se opone a una disposición o práctica nacional en virtud de la cual los tribunales nacionales no sean competentes para examinar el cumplimiento de la ley Unión de una disposición de derecho nacional declarada constitucional por una decisión del Tribunal Constitucional del Estado miembro. El mismo principio excluye el inicio de procedimientos disciplinarios y la aplicación de sanciones disciplinarias contra un juez que haya dirigido tal examen.

tiva ciertamente más prudente— algunos *indicios* de constitucionalidad que hemos encontrado a lo largo de nuestro camino de investigación.

Desde el punto de vista teórico, somos conscientes de que la relación establecida entre el Tribunal (de Justicia) y los demás tribunales (nacionales) es controvertida y oscila entre las visiones opuestas de quienes niegan la ausencia de una relación jerárquica, vislumbrando en ella casi un *primus inter pares* en la aplicación del Derecho de la Unión, aunque dotado de ese *quid* extra a la interpretación que deben cumplir los demás jueces, y quienes la afirman.¹⁵⁶

Y, sin embargo, creemos que el nivel teórico no puede dejar de buscar confirmación en la práctica jurídica, tal como lo confirman las sentencias del Tribunal. Pues bien, desde el punto de vista del enfoque práctico es difícil, más no imposible, negar que se hace pasar por una relación de constitucionalidad entre el Tribunal y otros tribunales.

Los efectos de las sentencias prejudiciales constituyen la piedra angular del análisis de la relación entre el Tribunal y los demás tribunales y en la determinación de la naturaleza de la competencia constitucional. En ese sentido, esta cualidad es el resultado de dos características que identifican a la cuestión prejudicial con características comparables a las de una cuestión de interpretación constitucional.

Por un lado, el carácter constitucional en la interpretación del Derecho de la Unión se deriva para el Tribunal de la obligación de recurrir al juzgador luxemburgués, que es configurable para todos los tribunales superiores de los Estados miembros, incluidos los constitucionales y sólo puede perderse en casos específicos. Existe, por tanto, una prevalencia que, aunque no quiera afirmarse como jerárquica por el respeto y la colaboración aportados a los tribunales superiores, no puede negarse

¹⁵⁶ J. Komarek, *The Place of Constitutional Courts in the EU*, *European Constitutional Law Review*, n. 9, 2013, p. 420.

que es en la práctica la actitud de las relaciones tal y como se esbozan en los Tratados.

Por otro lado, la constitucionalidad de la interpretación del Tribunal se deriva de la irrelevancia de cualquier interpretación proporcionada por los tribunales constitucionales de los Estados miembros en relación con una norma interna en conflicto con el Derecho de la Unión. Aun cuando confieren el "crisma" de constitucionalidad a una norma estatal que se encuentra en una supuesta situación de incumplimiento, de hecho, los jueces llamados "inferiores" están liberados de la carga interpretativa de la jurisdicción constitucional interna y pueden solicitar al Tribunal de Justicia las aclaraciones necesarias para interpretar la norma del Derecho de la Unión y, en consecuencia, la norma interna que la vulnera.

Se nos advierte que en el análisis del Sistema de Justicia de la Unión la perspectiva no se puede limitar a la mirada del intérprete condicionándola —como si fuera una limitación— al término de comparación estatal y a asumir una actitud de la relación que el juez constitucional mantiene con los llamados jueces "menores". Utilizar los lentes estatales para observar una realidad que por la propia admisión del Tribunal constituye un "nuevo género" en el campo del derecho podría parecer una operación destinada a una visión miope o distorsionada. Y, sin embargo, los resultados de esta investigación parecen llamar la atención del intérprete sobre un mecanismo y una dinámica que, en definitiva, no está tan alejada de la existente dentro del sistema de justicia constitucional de los Estados miembros.

37. Las sentencias de la Corte de Justicia del Caribe

Rocío Guadalupe Quiñones Andrade*

* Doctora en Derecho con mención honorífica por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Doctora en Ciencias Sociales y Jurídicas con matrícula de honor *cum laude* por la Universidad de Cádiz, España. Profesora investigadora de tiempo completo en la Universidad de La Salle Bajío.

SUMARIO: A. Introducción. B. Integración de la Corte de Justicia del Caribe. C. Tipología de las sentencias de la Corte de Justicia del Caribe: Una necesaria división entre sus jurisdicciones original y de apelación. D. A modo de conclusión: la Corte de Justicia del Caribe, dos tribunales en uno. E. Fuentes de consulta.

A. Introducción

El 4 de julio de 1973, Barbados, Guyana, Jamaica y Trinidad y Tobago signaron el Tratado de Chaguaramas, el cual entró en vigor el 1 de agosto de ese mismo año, con el fin de crear una Comunidad del Caribe —Caricom por su acrónimo en inglés—. Esta Unión tuvo como ejes principales la creación de un mercado común entre sus integrantes y el mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos de los países parte.

No obstante, esta unión no incluyó la instauración de un órgano jurisdiccional que interpretara e hiciera cumplir el tratado, debido a que sus necesidades principales en ese momento eran el fortalecimiento de la región, constituida en su mayoría por pequeños países con un bajo número de población. No fue sino hasta 2001 que se adoptó el "Tratado Revisado de Chaguaramas por el que se establece la Comunidad del Caribe con inclusión del Mercado Único y la Economía de la Caricom",

en el que se estableció la necesidad de constituir una Corte de aplicación e interpretación del tratado constitutivo de la comunidad.¹

Los Estados miembros de la Caricom adoptaron el *Acuerdo por el que se establece la Corte de Justicia del Caribe* el 14 de febrero de 2001 en St. Michael, Barbados y éste entró en vigor el 23 de julio de 2002. La Corte de Justicia del Caribe (desde ahora CJC) fue instaurada en Puerto España y en Trinidad y Tobago, como parte de las instituciones de la Caricom, e inició sus funciones formalmente el 16 de abril de 2005. Originalmente estuvo integrada por Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Granada, Guyana, Jamaica, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, Surinam y Trinidad y Tobago; además, dejó las puertas abiertas a la incorporación de más Estados del Caribe que estuvieran dispuestos a ejercer los derechos y obligaciones de la pertenencia a la Comunidad.²

Actualmente pertenecen a la Caricom quince Estados, que son: 1. Antigua y Barbuda, 2. Bahamas, 3. Barbados, 4. Belice, 5. Dominica, 6. Granada, 7. Guyana, 8. Haití, 9. Jamaica, 10. Montserrat, 11. Santa Lucía, 12. San Cristóbal y Nieves, 13. San Vicente y las Granadinas, 14. Surinam y 15. Trinidad y Tobago.³ Todos ellos adquieren de manera automática la jurisdicción original de la CJC, con la firma y ratificación del Tratado Revisado de Chaguaramas.

La CJC, a diferencia de los demás órganos jurisdiccionales internacionales en América, tiene la particularidad de tener bajo su jurisdicción a un conjunto de países que en su mayoría constituyen pequeñas islas de habla inglesa que se encontraban bajo el dominio británico y obtuvieron su independencia en las décadas de 1960 y 1970, por lo que su labor es de suma importancia en la unificación del derecho internacional aplicado

¹ Simmonds, Kenneth. R., "The Caribbean Economic Community. A new venture in regional integration", en *The International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, Cambridge University Press, vol. 23, núm. 2, 1974, pp. 453-458.

² Cfr. *Tratado Original de Chaguaramas*, artículo 2

³ Como se detalla en la página oficial de la Corte. Disponible en: «<http://www.ccj.org/about-the-ccj>».

en la zona y el fortalecimiento de las relaciones comerciales entre los Estados parte de la Comunidad, lo que genera un mayor desarrollo económico.⁴

Además, los Estados parte de la Caricom tienen la posibilidad de posicionar a la CJC como su órgano supremo de apelación, en lugar del Comité Judicial del Consejo Privado⁵ con sede en Londres, lo que en definitiva fortalece la identidad del Caribe y pone distancia con la justicia británica.

B. Integración de la Corte de Justicia del Caribe

El Acuerdo por el que se establece la Corte de Justicia del Caribe determina que este órgano judicial puede estar compuesto hasta por nueve jueces y su presidente. No obstante, actualmente sólo se encuentran en funciones siete jueces incluyendo a su presidente —Adrian Saunders—, quien comenzó sus funciones el 4 de julio de 2018.

A diferencia de la mayoría de las Cortes y Tribunales internacionales, en los que sus integrantes son propuestos discrecionalmente por los Estados parte o las comunidades a las que pertenecen, la facultad de nombrar a todos los jueces de la CJC con excepción de su presidente, la ostenta la Comisión Regional de Servicios Judiciales y Legales (desde ahora, la Comisión). Esta institución se encuentra conformada por diversos funcionarios públicos y miembros de la sociedad civil de los Estados que conforman la Caricom, así como por integrantes de otras instituciones regionales del Caribe⁶ y debe presentar informes anuales ante los Jefes de Gobierno de la Caricom. El presidente de la Comisión

⁴ Malcom, Christopher P., "Caribbean Integration: Within the Caricom framework: The sociohistorical, economic and political dynamics of a regional response to a global phenomenon", en *Law and Business Review of the Americas*, vol. 10, 2004, pp. 40 y ss.

⁵ El Comité Judicial del Consejo Privado es un tribunal de apelación final para los territorios fuera del Reino Unido que forman parte del *Commonwealth*. Se puede consultar más en: «<https://www.jcpc.uk/>».

⁶ Acuerdo mediante el cual se establece que la Corte de Justicia del Caribe contiene el listado de las personas que conforman la Comisión, artículo, fracción V.

es, a su vez, presidente de la CJC, y es designado por los Jefes de Gobierno de la Caricom a sugerencia de la Comisión.

El cargo de presidente de la Comisión y la CJC tiene una duración de siete años y no existe la posibilidad de que este término sea renovado; aunque, si al terminar su encargo, tiene pendiente dictar una sentencia o algún otro trámite de suma importancia dentro de la Corte, puede solicitar su permanencia por un término adicional extraordinario de tres meses.

La CJC es única en el mundo. Es una especie de órgano judicial híbrido que actúa como Corte supranacional para todos los miembros de la Caricom en su jurisdicción original y, al mismo tiempo, actúa como Corte constitucional en su sede de apelación para los Estados que han aceptado esta competencia especial.⁷ No obstante, carece de una división material entre su sede original y la de apelación.

Todos los jueces de la CJC tienen el poder de actuar en ambas sedes — original y de apelación—. Cuando un asunto llega a los estrados de la Corte, el presidente instruye a un único juez con el fin de que resuelva los autos y las resoluciones interlocutorias que sean necesarias. Si alguna de las partes en el procedimiento se considera agraviada con alguna decisión tomada por un juez único puede solicitar su revisión, para lo cual se debe constituir un panel de no más de cinco jueces que resolverán la petición.

La resolución definitiva de los asuntos tanto en sede original, como de apelación, requiere que se encuentren reunidos un número impar de al menos tres jueces que en conjunto reúnan la experticia necesaria para resolverlo, de conformidad con su Acuerdo de creación. Las deliberacio-

⁷ Acuerdo mediante el cual se crea la Corte de Justicia del Caribe, establecen su jurisdicción ordinaria y de apelación, partes II y III; además la actuación de la Corte se regula por: Reglamento de la Jurisdicción Original y el Reglamento de la Jurisdicción de Apelación de la CJC, ambos de 2019.

nes llevadas a cabo se dirigen por el juez *senior*, es decir, el que tenga mayor antigüedad en el cargo.

La Corte cuenta además con una Secretaría, integrada por un Secretario y un Secretario adjunto, que llevan las funciones administrativas de la Corte. Sus tareas principales consisten en asistir a los jueces en el desempeño de sus funciones oficiales, custodiar los documentos de la Corte, certificar su autenticidad y mantener un registro de los casos, tanto de la jurisdicción original, como de la de apelación, incluyendo todos los alegatos y escritos que conformen los expedientes.

Tanto los jueces como la Secretaría trabajan de forma conjunta en ambas jurisdicciones de la Corte. Las Salas que conocen de cada asunto no están integradas siempre por los mismos jueces, que se rotan de acuerdo con las necesidades de este órgano jurisdiccional.

La CJC celebra durante el año tres periodos ordinarios de sesiones, en los que conoce tanto los asuntos de su jurisdicción original, como los de apelación. Actualmente el primer periodo corre del primer lunes de octubre al 31 de diciembre; el segundo, del 10 de enero al viernes anterior al viernes santo; y, el tercero, del lunes siguiente al lunes de pascua al 31 de julio.⁸

El creciente número de casos recibidos en la Corte en los últimos años, sobre todo en su sede de apelación, puede llegar a hacer que los procesos llevados a cabo ante la Corte se resuelvan muy lentamente. Ello aunado a que en su sede de apelación la Corte se convierte en un verdadero órgano constitucional, debería incidir en una reestructura de la Corte que la convirtiera en un tribunal que sesiona permanentemente. Si esta reestructura no ocurre, es muy probable que se incurra en demoras exageradas que impidan la adecuada protección de los bienes que debe proteger.

⁸ Estas fechas han sido dispuestas en: Reglamentos de la Jurisdicción original y de Apelación de la Corte de Justicia del Caribe.

C. Tipología de las sentencias de la Corte de Justicia del Caribe: una necesaria división entre sus jurisdicciones original y de apelación

La CJC tiene una doble función en la Comunidad, como se ha mencionado previamente. Por un lado, posee una jurisdicción original, llamada así porque se adquiere de forma automática con la firma del TRC. En esta sede, actúa como un órgano jurisdiccional supranacional competente para resolver las disputas surgidas entre todos los Estados pertenecientes a la Comunidad. Además, tiene una sede de apelación, en la que ejerce como Corte constitucional regional únicamente sobre aquellos Estados que han aceptado su competencia extendida. Las sentencias que la Corte emite en sus sedes supranacional y constitucional poseen diversas tipologías. Cada una de ellas tiene características y efectos distintos.

Es preciso señalar que en su función original, la CJC posee facultades sobre sus Estados parte, mucho mayores que las de otras Cortes en el mundo. Ello obedece a su naturaleza supranacional. Esto es, la competencia de las Cortes supranacionales, (como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y la propia CJC) se distinguen de las Cortes internacionales (como la Corte Internacional de Justicia o el Tribunal Internacional del Derecho del Mar) en que los Estados que se encuentran bajo la jurisdicción de las primeras han cedido una parte de su soberanía o poder de decisión sobre ciertas materias a estas Cortes y las comunidades de las que derivan.⁹ Por su parte, en las segundas, los Estados se han comprometido a cumplir con las sentencias que éstas dictan, pero han conservado todo poder de

⁹ Algunos de los trabajos que hablan sobre esta cesión de la potestad soberana son: Savchyn, M. V., "The constitution and supranationality in law: challenges and solutions" en Bulter, W. E. y Palmer, Michael (coords.), *The Journal of Comparative Law*, Wildy Simmonds/Hill Publishing, vol. 11, num. 1, 2016, pp. 136-150; Rivero Evia, Jorge, "Jurisdicción supranacional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, et al. (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 2ª ed., serie Doctrina Jurídica, núm. 76, México, IJ-UNAM, 2014; Slaughter, Ann Marie, *A new world order*, Princeton, Princeton University Press, 2004; Grievies, Forest. L., *Supranationalism and international adjudication*, Chicago, University of Illinois, 1969; y, Helfer, Laurence R. y Slaughter, Anne-Marie, "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication", en *The Yale Law Journal*, vol. 107, núm. 273, 1997, pp. 273-391.

decisión incluso sobre la manera de cumplir el fallo internacional, ya que de hecho, mientras el fin principal de las organizaciones supranacionales es la integración y la homogeneización de ciertas áreas del derecho, uno de los fines principales de sus pares internacionales es la preservación de la soberanía estatal.¹⁰

Las Cortes supranacionales, como la que se analiza en este trabajo, se distinguen por incorporar en sus ordenamientos previsiones para los Estados sobre el cumplimiento de sus sentencias. Es entonces que para cumplir su función supranacional, el Tratado Revisado de Chaguaramas (TRC) previene que las sentencias de la CJC deben ser cumplidas como si se tratara de un fallo dictado por una Corte superior de justicia o de apelación a nivel nacional.

Como se aprecia, en su función original la CJC posee un alto grado de facultades sobre los Estados. No obstante, cuando la Corte se constituye en su sede de apelación, deja de ser un tribunal ajeno al Estado, para convertirse en su última instancia, es decir, en un órgano jurisdiccional constitucional a nivel nacional (o regional), por lo que sus atribuciones y responsabilidad crecen exponencialmente, como lo hacen las obligaciones de los Estados. Por ello, las sentencias dictadas en estas dos sedes son distintas y sus efectos también lo son.

I. Sentencias dictadas en la sede supranacional de la Corte

En su sede original, la CJC cuenta con competencia exclusiva y obligatoria en la interpretación y aplicación del TRC por el que se creó la

¹⁰ La labor de las Cortes y Tribunales internacionales puede ser consultada en: Romano, Cesare P.R., "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", en *International Law and Politics*, Nueva York, vol. 31, núm. 4, 1999, pp. 709-751. El rol de estos órganos judiciales se explica detalladamente en: Charney, Jonathan I., "The impact of the international legal system of the growth of international courts and Tribunals", en *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 31, núm. 4, 1999, pp. 101-116; y, Oellers-Frahm, "Multiplication of International courts and Tribunals and conflicting jurisdiction problems and possible solutions" en Frowein J. A. y Wolfrum R. (coords.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Heidelberg, Kluwer Law International, vol. 5, 2001, pp. 67-104.

Comunidad del Caribe con inclusión del Mercado Único y la Economía de la Caricom, en lo referente a las disputas entre los Estados parte, conflictos entre los países miembros y los órganos de la Comunidad, problemáticas surgidas entre las Cortes nacionales de los Estados parte y el TRC, así como a las actuaciones de los nacionales concernientes a la interpretación y aplicación del Acuerdo, incluyendo lo decidido por la Corte Suprema del Caribe Oriental.¹¹ En su actuación, puede aplicar las normas de Derecho internacional que considere pertinentes y dictar las medidas provisionales necesarias para preservar los derechos de las partes.

La Corte puede en algunos casos conocer también de los asuntos presentados por particulares en protección de sus derechos humanos. Si el Estado al que pertenece la persona otorga un permiso especial y la CJC considera que el TRC protege un derecho que se ha violado al solicitante, se puede tramitar el asunto. Otro supuesto es que el Estado haya caído en una omisión, por no haber presentado una reclamación por la violación del TRC que le afectaba directamente al particular. Por último, las personas pueden presentar una aplicación ante la Corte, si ésta considera que es necesario con el fin de ejercer justicia, incluso si el Estado no ha brindado su autorización.¹²

¹¹ La Organización de Estados del Caribe Oriental conformada bajo la premisa del desarrollo y fomento económico de la región se encuentra integrada por: Antigua, Anguila, Dominica, Granada, San Vicente, San Cristóbal y Nieves y Santa Lucía. Esta Unión fue un paso necesario en la transición del colonialismo a la independencia, ya que aún guardan un estrecho vínculo con el Gobierno británico que los colonizó y comparten el mismo idioma y culturas similares. Con el fin de fomentar esta unión, la Caricom suscribió un *Estatuto de Asociación* con el Reino Unido en 1967, en el que entre otras cosas se decidió la creación de Tribunales comunes para todos los Estados Asociados en los que se dirimieran las disputas que se consideraran necesarias. Posteriormente, los Tribunales creados —el Superior y el de Apelación— se fusionaron en un Tribunal Supremo, que es el que se conoce hoy en día. El Tribunal Supremo del Caribe Oriental se encuentra dividido en dos órganos: el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Apelación y estos conocen litigios en materia civil y penal entre los países parte y sus nacionales. Consulte: Byron, Dennis y Dakolias, Maria, "The regional court systems in the Organization of Eastern Caribbean States and the Caribbean", en Favaro, Edgardo M. (coord.), *Small states, smart solutions. Improving connectivity and increasing the effectiveness of public services*, Washington DC, The world bank, 2008, pp. 91 y ss; y Menon, P. K., "The organization of Eastern Caribbean States an milestone in sub-regional integration", *The University of Miami Inter-American Law Review*, Miami, University of Miami/Institutional Repository, vol. 17, núm. 2, 1986, pp. 297-311.

¹² El derecho *locus standi* de las personas físicas o morales se encuentra plasmado en: Tratado Revisado de Chaguaramas, artículo 222.

Como se ha mencionado, la jurisdicción original es obligatoria para todos los países firmantes del Acuerdo Constitutivo de la Corte y, en ella, este órgano jurisdiccional actúa como un ente supranacional que decide sobre las controversias surgidas en relación con la interpretación y aplicación del TRC entre los Estados parte, los órganos de la Caricom e, incluso, entre los Estados parte y sus nacionales. En la jurisdicción original de la Corte, la observancia de la normatividad de la Caricom tiene incluso un control previo nacional, para determinar la convencionalidad de las decisiones estatales a través de *la remisión*.

La *jurisdicción de remisión* o bien la *remisión a la CJC* señalada en el artículo 214 del TRC tiene como fin mantener la uniformidad en la aplicación de la legislación del Caribe y está dirigida a las Cortes, en las cuales se está tramitando un asunto cuya resolución involucra la interpretación o aplicación del TRC. Si las Cortes nacionales consideran que es necesario que la CJC se pronuncie sobre un asunto que involucre la normativa de la comunidad, deberán remitirle el asunto para su determinación. En estos casos el trámite nacional quedará suspendido hasta en tanto la CJC no se haya pronunciado al respecto, hecho lo cual el juez nacional debe dictar su resolución de conformidad con la decisión convencional.¹³ Las *sentencias de remisión* podrían formar parte de la tipología de las sentencias en la jurisdicción supranacional de la Corte, pero aún no existe ningún precedente.

A pesar de que la CJC es el único ente que posee las facultades de interpretar el TRC y aplicarlo en última instancia, es obligación de las autoridades de los Estados parte respetar lo señalado en el mismo, incluso si ello requiere inaplicar la legislación local que lo contravenga, para lo cual se necesita la colaboración de los Tribunales nacionales. De esta manera la CJC hace cumplir la legislación de la Caricom antes de que se

¹³ Berry, David S., "The original jurisdiction jurisprudence of the Caribbean Court of Justice: promoting regional integration", en *The Social Sciences Journal of the University of the West Indies (Mona)*, vol. 61, núm. 2, 2012, pp. 30 y ss.

llegue a cometer alguna infracción a sus disposiciones, lo cual constituye un *control previo* de la convencionalidad de la actuación de los Estados.

En la jurisdicción original de la CJC, todas las resoluciones que se dictan, están encaminadas a proteger el cumplimiento del TRC. La tipología que se puede encontrar en estas sentencias se divide entre la establecida en la legislación comunitaria (que en su gran mayoría no ha sido explorada aún por la Corte) y la desarrollada a través de su jurisprudencia, que se ha venido desarrollando de conformidad a las necesidades específicas de la Comunidad, los Estados y sus habitantes.

1. En la legislación comunitaria podemos encontrar los siguientes tipos de sentencias:

a) Sentencias que constituyen stare decisis.
(Artículo XX del Tratado de creación de la CJC
y artículo 22 del Reglamento de la Jurisdicción Original
de la Corte de 2019 —RJOC—)

Se trata primero este tipo de sentencia debido a que, más que una clase de resolución, es una característica de todas las sentencias dictadas por la CJC en sus dos jurisdicciones, con una excepción. La legislación de la Corte determina que sus sentencias serán precedentes jurídicamente vinculantes para las partes en los procedimientos ante la Corte, a menos que hayan sido revisadas de conformidad con el artículo XX de su Tratado de creación.

Es por ello que, así como la jurisdicción original de la Corte es obligatoria para los países parte del Tratado, las sentencias que dicta en sus dos jurisdicciones son jurídicamente vinculantes para los Estados parte del Acuerdo y forman precedentes legales de obligatorio cumplimiento conforme al principio *stare decisis*.¹⁴ En esta virtud, el Estado en contra

¹⁴ El término completo es *stare decisis et quia non movere* y significa *lato sensu* "estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto". Este principio es utilizado en los países que forman

del cual se dicta una sentencia se encuentra obligado a implementarla en sus términos según el artículo XV del mismo Acuerdo, sin que quepa apelación sobre el fallo final de la Corte, pues las decisiones son definitivas.¹⁵

b) Sentencias en rebeldía (Artículo 18 del RJOC)

Las sentencias en rebeldía son aquellas que la Corte dicta en un proceso abreviado, debido a que el acusado que ha sido debidamente emplazado a juicio no contesta la demanda inicial ni presenta pruebas en el procedimiento de ningún tipo.

El asunto principal no es resuelto de oficio. El reclamante tiene que solicitar ante la CJC que se dicte sentencia en un proceso abreviado. Esta solicitud es notificada al demandado y el Secretario debe fijar una fecha en la que se celebrará una audiencia. En la misma se considerará la admisibilidad de la solicitud con base en el cumplimiento de los requisitos formales y su fundamentación y se acepta o rechaza la solicitud, tratando siempre de preservar el derecho de audiencia.

Si bien es cierto que la propia legislación comunitaria establece este tipo de sentencia, lo cierto es que nunca se ha presentado una solicitud en tal sentido, por lo que la Corte no ha ejercido esta facultad. No obstante, por sus características, este tipo de sentencia tiene el efecto de concluir el procedimiento de una forma abreviada, aunque no necesari-

parte del *Common Law* y, conforme al mismo, los Estados deben acatar lo decidido por la Corte en todas sus sentencias y adoptarlo como ley, no sólo cuando estos son parte, sino que además cuentan con la obligación de adoptar la interpretación de la legislación que se haya establecido mediante las sentencias: Legarre, Santiago y Rivera, Julio César, "Naturaleza y dimensiones del stare decisis", en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 33, núm 1, 2006, p. 110. Consúltese también: Waldron, Jeremy, "Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach", en *Michigan Law Review*, Michigan University, vol. 111, núm. 1, 2012, pp. 1-32.

¹⁵ McDonald, Sheldon, *The Caribbean Court of Justice: Enhancing the Law of International Organizations*, Kingston, The Caribbean Law Publishing Company/LTD, 2005, p. 40.

riamente definitiva. Ello se debe a que se puede revisar si el demandado se opone a su ejecución, mientras se alega un vicio en el procedimiento o las notificaciones.

c) Sentencias de anulación (artículo 18.2 del RJOC)

Otro tipo de sentencia establecida en la legislación que nunca se ha ejercido por la Corte, es la de anulación. Según dispone el artículo 18.2 del Reglamento de la Jurisdicción Original de la CJC, se puede solicitar la anulación de una sentencia de la CJC, con el fin de que esta quede sin efectos. La resolución que se dicta en este procedimiento es en sí misma una sentencia que resuelve la viabilidad de la anulación. La solicitud de la anulación de la sentencia se debe realizar en una *case management conference*, es decir, una especie de audiencia sobre el manejo del caso, que debe ser solicitada dentro de los 28 días siguientes a la notificación de la sentencia principal.

Esta reunión tiene como finalidad hacer un estudio final del caso, en el que se establezca la viabilidad de anular la sentencia, si del mismo se desprende alguna irregularidad invocada por el demandado.

Siempre y cuando las partes lo soliciten, la Corte puede ordenar la suspensión de la ejecución después de la presentación de la solicitud de anulación de la sentencia, si ésta fue obtenida en rebeldía. Si la sentencia principal es anulada, la resolución que la anula deberá adjuntarse a la sentencia en rebeldía y se hará una nota al margen. La sentencia de anulación suspende definitivamente los efectos de la sentencia anterior.

d) Sentencias de complementación (artículo 30.6 del RJOC)

La sentencia de complementación tiene como finalidad remediar una omisión de la Corte al pronunciarse sobre la reclamación de un asunto específico, o sobre las costas o intereses. Esta sentencia no es dictada

de oficio, sino que son las partes quienes pueden solicitar que la Corte complemente su sentencia principal. Las intervinientes en el proceso pueden presentar observaciones por escrito ante el Juez que conoce la causa, hecho lo cual la Corte decidirá sobre la admisibilidad y el fondo de la solicitud.

El primer caso en el que la Corte dictó una sentencia de este tipo fue en [2012] CCJ 2 (OJ).¹⁶ La solicitud se basó en que, a pesar de que la Corte declaró que Surinam era culpable de vulnerar la normativa comunitaria, la Corte no lo condenó a costas, por lo que, el demandante, *Hummingbird Rice Mills LTD*, solicitó que se dictara una sentencia complementaria en este sentido, lo cual fue concedido por la Corte.¹⁷

Es entonces que mediante este tipo de sentencias, la Corte subsana errores u omisiones cometidos en fallos anteriores que pueden llegar a lesionar los derechos de alguna de las partes.

e) Sentencias de revisión (artículo XX del Tratado de creación de la Corte y artículo 32.1 del RJOC)

Las sentencias de la CCJ son revisables de manera excepcional, a petición de parte.¹⁸ La revisión sólo procede cuando después de dictada la sentencia se descubra un hecho que pudo haber sido decisivo en la toma de la decisión definitiva por la Corte y se compruebe que la ignorancia

¹⁶ Sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia, [2012] CCJ 2 (OJ), *Hummingbird Rice Mills LTD vs. la Comunidad del Caribe*, de 11 de abril de 2012.

¹⁷ Este tipo de sentencia fue dictada también en los casos: Corte Caribeña de Justicia, [2013] CCJ 2 (OJ), *Trinidad Cement Limited vs. The Competition Commission*, 29 de mayo de 2013; y Corte Caribeña de Justicia, [2019] CCJ 5 (OJ), *Trinidad Cement Limited, Arawak Cement Limited, Rock Hard Distribution Ltd and Rock Hard Cement Ltd vs. Trinidad y Tobago, Barbados y la Comunidad del Caribe*, 28 de noviembre de 2018.

¹⁸ La revisión se tramita de acuerdo con lo señalado en: Tratado por el cual se crea la Corte de Justicia del Caribe, artículo XX.

previa de este hecho no fue a causa de la negligencia del promovente de la revisión.¹⁹

En los procesos de revisión no se consideran los hechos, derechos y pruebas presentados ante la Corte con anterioridad; únicamente se revisa el nuevo hecho y se pondera si éste es suficiente para cambiar el sentido de la resolución. Por ello no es considerado un recurso ordinario. En esta tesitura, las sentencias de la Corte imponen condenas a los Estados que deben ser cumplidas de manera directa y sin que exista la posibilidad de cuestionar su implementación en sede nacional, característica principal de las Cortes supranacionales.²⁰

La solicitud de revisión por regla se tiene que llevar a cabo en los seis meses posteriores a la fecha en la que sucedieron los hechos que generaron la solicitud, pero dentro de los cinco años a partir de la fecha de la sentencia.

De conformidad con la legislación de la CJC, el procedimiento de revisión de la sentencia comienza mediante la resolución de la Corte en la que se registre expresamente la existencia del hecho nuevo y declara admisible la demanda de revisión por este motivo. No obstante, aunque el nuevo hecho se encuentre comprobado, la Corte puede requerir al solicitante el cumplimiento de los términos de la sentencia que se pretende revisar, antes de admitir un procedimiento en revisión.

Aunque no se ha dictado hasta ahora una sentencia de este tipo por la Corte, de la legislación se infiere que si la revisión procede se podrían anular los efectos de la sentencia principal, o bien, modificar sus disposiciones.

¹⁹ La revisión de la sentencia comunitaria no impide que sea definitiva, ya que si el nuevo hecho alegado no se comprobare, el sentido de la sentencia no puede ser modificado, aunque se aleguen cuestiones inherentes a los hechos o el derecho aplicado.

²⁰ Berry, David S., *op. cit.*, p. 28.

2. Tipologías creadas en la jurisprudencia de la Corte en su sede original

a) Sentencias condenatorias y de pago de costas

En estas sentencias, la Corte declara la violación del TRC o de alguna otra normativa de la Caricom y ordena al infractor que vuelva a cumplir con la normativa, para remediar el incumplimiento de sus obligaciones con la Comunidad. Además impone las costas dependiendo de cada caso concreto, lo cual normalmente establece a través de porcentajes del 20% al 100% al infractor. Por ejemplo, en la sentencia [2009] CCJ 5 (OJ) del caso *Trinidad Cement Limited y TCL Guyana Incorporated vs. República de Guyana*,²¹ la CJC ordenó a Guyana cumplir inmediatamente el artículo 32 del TRC, ya que se había dejado de aplicar un Arancel Externo Común²² sobre el cemento a los países que no formaban parte de la Caricom, con lo cual se abrió la industria cementera a compañías externas y se produjo una gran afectación monetaria a los demandantes.

En esta sentencia —como en todas las sentencias condenatorias dictadas antes de 2013— la Corte no impuso ninguna medida de reparación, que resarciera la violación del derecho comunitario, a pesar de que se comprobó que el incumplimiento de la normatividad por Guyana había resultado en pérdidas millonarias para los demandantes. Pareciera que el objetivo de la Corte hasta este momento era únicamente procurar que las cosas volvieran al estado en el que se encontraban antes de la violación del TRC o la vulneración del derecho del accionante.²³

²¹ Corte de Justicia del Caribe, [2009] CCJ 5 (OJ), *Trinidad Cement Limited y TCL Guyana Incorporated vs. República de Guyana*, de 20 de agosto de 2009.

²² TRC, artículo 82: los Estados miembros deben establecer y mantener un arancel externo común para todas las mercancías que no reúnan las condiciones para recibir un trato comunitario conforme a los planes y calendarios establecidos en las determinaciones pertinentes del COTED (Council for Trade and Economic Development, Consejo de Comercio y Desarrollo Económico).

²³ Otra sentencia en la que la Corte no condenó al Estado a pagar alguna indemnización a la demandante, a pesar de haberse comprobado la infracción, fue en el caso: Corte de Justicia del Caribe, [2012] CCJ 1 (OJ), *Hummingbird Rice Mills LTD vs. la Comunidad del Caribe*, 23 de febrero de 2012.

Sin embargo, la Corte comenzó a imponer reparaciones pecuniarias en el caso [2013] CCJ 3 (OJ),²⁴ que coincide además con la primera vez que la Corte conoció sobre la protección de los derechos de una persona física. El caso fue interpuesto principalmente por la violación de la libertad de circulación entre los nacionales de los Estados parte de la Caricom, establecido en el artículo 45 del TRC. La Corte declaró en este caso que el Estado había violado los derechos del accionante y lo condenó a pagarle tanto costas, como una indemnización, tanto por los daños pecuniarios como no pecuniarios.

Por su parte, en el caso [2014] CCJ 1 (OJ), el reclamante, Rudisa Beverages & Juices N.V. Caribbean International Distributors Inc.²⁵ reclamó ante la Corte la imposición de un impuesto ambiental injusto sobre los envases de bebidas no retornables, ilegal al amparo de la legislación de la Caricom. En la sentencia de este caso se puede notar una clara evolución respecto de las condenas dictadas en otros asuntos, ya que las reparaciones ordenadas fueron mucho más integrales. Además de declarar la incompatibilidad del impuesto, la Corte le ordenó al Estado cesar de inmediato su cobro, reformar su legislación para hacerla compatible con el TRC y regresar el impuesto pagado a la demandante, así como el pago de las costas procesales.

Otro signo de evolución en este tipo de sentencias lo tenemos en un caso similar, el [2017] CCJ 2 (OJ),²⁶ en el que la Corte condenó al Estado de Dominica, por cobrar un impuesto ambiental que iba en contra del TRC. En esta sentencia, además de condenar al Estado a reparar a los demandantes, le solicitó que presentara un informe sobre el cumplimiento de las medidas una vez implementadas, con lo cual la Corte comenzó a supervisar el cumplimiento de sus decisiones.

²⁴ Corte de Justicia del Caribe, [2013] CCJ 3 (OJ), *Shanique Myrie vs. Barbados*, 4 de octubre de 2013.

²⁵ Corte de Justicia del Caribe, [2014] CCJ 1 (OJ), *Rudisa Beverages & Juices N.V. Caribbean International Distributors Inc. vs. Guyana*, 8 de mayo de 2014.

²⁶ Corte de Justicia del Caribe, [2017] CCJ 2 (OJ), *SM Jaleel & CO LTD & Guyana Beverages Inc vs. Guyana*, 9 de mayo de 2017.

b) Sentencias interpretativas

La CJC tiene la facultad de interpretar el TRC y el resto de las normas convencionales en todas sus resoluciones. No obstante, con el término *sentencia interpretativa*, se hace referencia a aquellas resoluciones de la Corte en las que puede o no resolver en definitiva el asunto planteado, enfocadas principalmente en aclarar o explicar el contenido de la legislación de la Caricom, así como determinar cómo deben ser entendidos o accionados los procedimientos o las figuras comunitarias.

Por ejemplo, en el primer caso interpuesto ante la Corte: [2008] CCJ 1 (OJ),²⁷ las compañías Trinidad Cement Limited y TCL Guyana Incorporated solicitaron permiso especial a la Corte para comparecer a denunciar el incumplimiento de la normativa de la Caricom por Guyana. Para ello se fundamentaron en el artículo 222 del TRC, que prevé esta autorización bajo ciertos supuestos específicos, como la violación de los derechos de los demandantes.²⁸

En este caso, se interpretó el artículo 222 en sentido amplio, no obstante se llamó a los Estados parte para que manifestaran lo que a sus intereses convenía sobre sus alcances, antes de dictar una nueva sentencia en la que resolviera en definitiva la cuestión.

Por otro lado, la sentencia del caso [2009] CCJ 4 (OJ), en la que se resolvió la aplicación interpuesta por *Trinidad Cement Limited* en contra de la Comunidad del Caribe,²⁹ la Corte delimitó la figura del *Arancel Externo Común*, (AEC). Los hechos circundan en torno a la supuesta violación

²⁷ Corte de Justicia del Caribe, [2008] CCJ 1 (OJ), *Trinidad Cement Limited & TCL Guyana Incorporated vs. The Co-operative Republic of Guyana*, de 22 de julio de 2008.

²⁸ Otros asuntos similares, en los que se otorgó permiso especial de la CJC para comparecer ante sus estrados, los casos: Corte de Justicia del Caribe, [2011] CCJ 1 (OJ), *Hummingbird Rice Mills Ltd vs. Suriname y la Comunidad del Caribe*, de 27 de junio de 2011; y, Corte de Justicia del Caribe, [2014] CCJ 2 (OJ), *Maurice Tomlinson vs. Belice y Trinidad y Tobago*, de 10 de junio de 2016.

²⁹ Corte de Justicia del Caribe, [2009] CCJ 4 (OJ), *Trinidad Cement Limited vs. Caribbean Community*, de 10 de agosto de 2010.

de los derechos de *Trinidad Cement Limited* por la Caricom, al aceptar la solicitud de algunos Estados comunitarios de eliminar temporalmente el AEC con el fin de que compañías de países externas a los Estados de la Comunidad pudieran exportar cemento a estos Estados sin que les cobrara altos costos de impuestos.

En esta sentencia, la CJC no se limitó a resolver la cuestión a favor de la compañía, sino que estudió la figura del AEC, y determinó bajo qué supuestos se podía suspender de forma legal. Con ello, delimitó el contenido de esta figura, que si bien no forma parte del TRC, se estableció en dos documentos oficiales de la Caricom titulados: *Arreglos administrativos relacionados con la modificación o suspensión de Tipos del Arancel Externo Común* de 1992, y el *Arancel Externo Común del Mercado Común del Caribe: una explicación de su alcance, estructura y Otras características*.

Otra cuestión de suma importancia que prescribió la Corte en esta sentencia es que la estimación de los daños y perjuicios en contra de la demandante no se puede determinar automáticamente. Para ello es necesario comprobar que la disposición que ha sido violada estaba destinada a beneficiar al demandante, que tal incumplimiento es grave, que hay una pérdida sustancial y, finalmente, que hay un vínculo causal entre el incumplimiento estatal y la pérdida o daño causado. Con ello, mediante este fallo la CJC norma el acceso a las indemnizaciones.

II. Sentencias dictadas en la jurisdicción constitucional de la Corte

La jurisdicción de apelación de la CJC es bastante amplia ya que en ella se conocen asuntos civiles, penales e incluso de derechos humanos. Sin embargo, para que esta facultad sea ejercida se requiere un permiso extraordinario de los países³⁰ que sólo ha sido otorgado por Barbados,

³⁰ Al concluir con un asunto, se requiere en cada caso específico solicitar un permiso especial para apelar la decisión ante la Corte de Justicia del Caribe. En el caso de Belice, este permiso debe ser solicitado ante el Tribunal de Apelaciones.

Belice, Guyana y Dominica. Esta autorización reviste a la Corte de competencia constitucional³¹ debido a que le es posible revocar las sentencias dictadas en sede interna por los órganos judiciales máximos de los Estados, por lo cual se rebasa la supranacionalidad que reviste a este tipo de órganos internacionales y se convierte en una especie de cuarta y última instancia.

Cuando un Estado parte autoriza a la CJC para que conozca las apelaciones dictadas en contra de asuntos jurisdiccionales nacionales, este órgano jurisdiccional utiliza la misma legislación nacional invocada en los asuntos internos para resolver los casos, por lo que —al menos respecto a ese país— la Corte se convierte en un órgano jurisdiccional supremo. Los fallos que dicta en estos asuntos no deben ser considerados como una sentencia internacional, sino nacional, que debe ser cumplida en sus términos de acuerdo con lo estipulado en la legislación nacional de cada país.³²

³¹ Pollard, Duke E., *Caribbean Court of Justice. Closing the circle of independence*, Kingston, The Caribbean Law/Publishing Company/LTD, 2004, pp. 75 y ss.

³² Belice es sin duda el país del que más ha conocido apelaciones la CJC en esta jurisdicción. Un caso que se puede citar como ejemplo por su relevancia es: Corte de Justicia del Caribe, el 2015 CJC 15 (AJ) presentado por la Alianza de Líderes Mayas de Toledo, Distrito de Belice y otros en contra del representante del Estado, el Fiscal General de Belice, en virtud de la sentencia dictada en el caso 27 de 2010, de 25 de julio de 2013, dictada por el Tribunal de Apelaciones de Belice. En este asunto se reclamó la privación ilegal de la tenencia consuetudinaria de las tierras a los habitantes del Distrito de Toledo protegida por los artículos 3º, apartado d, y 17 de la Constitución de Belice, en los que se señalan que se debe brindar protección en contra de la privación ilegal de la propiedad de tierras. El Tribunal de Apelaciones de Belice determinó que no era viable regresar las tierras a los mayas, ya que no existía violación alguna a dichos preceptos a pesar de los despojos de las tierras. Sin embargo, el 22 de abril de 2015 se creó una orden de consentimiento por el Gobierno de Belice en la que se aceptaron los derechos de las personas mayas que residían en el Distrito de Toledo; pese a ello, no se otorgaron las reparaciones adecuadas por la violación de sus derechos reales. La sentencia de la Corte de Justicia del Caribe resolvió que el Tribunal de Apelaciones de Belice debía revocar la sentencia y ceñirse a la protección de estas tierras, que estipulaba la Constitución del país y por la orden de consentimiento antes citada. Además, se resolvió que, en un primer momento, Belice debía crear un fondo que contuviera \$300,000 dólares beliceños con el fin de comenzar las respectivas reparaciones a los afectados. Estas acciones se llevaron a cabo y se continúan hasta ahora por las autoridades internas del país. La sentencia está disponible en: «https://www.elaw.org/system/files/bz.maya_leaders_0.pdf». Otros asuntos similares en donde la CJC actuó como órgano constitucional son: 2011 CCJ 9 (AJ), cuya sentencia se encuentra disponible en el enlace: «http://www.worldcourts.com/ccj/eng/decisions/2011.06.27_Marin_v_Atorney_General.pdf».

La materia de conocimiento de la Corte se ha ampliado en los últimos años y, actualmente, en su competencia de apelación también resuelve asuntos sobre violaciones de derechos humanos.³³ Ha contribuido a la protección de esta materia fundamental en la zona al actuar bajo los respectivos estándares internacionales y regionales establecidos por otros tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con el paso del tiempo, se han detectado ciertas problemáticas sistemáticas y estructurales de los Estados parte del TRC en materia de derechos humanos. Por ello se ha planteado la adopción de un Tratado de la Caricom sobre derechos humanos, pero hasta ahora no se ha adoptado.³⁴ Una alternativa sería que todos los Estados de la Caricom adoptaran la Convención Americana sobre Derechos Humanos y aceptaran la competencia contenciosa de la Corte IDH. De esta manera, los ciudadanos de la Comunidad del Caribe poseerían una doble protección internacional de sus derechos humanos, como sucede con los miembros del Consejo de Europa que forman parte a su vez de la UE.

Las sentencias dictadas por la CJC en su jurisdicción de apelación cambian o confirman el sentido de una sentencia nacional previa. Por esta razón, su cumplimiento depende de las partes en el procedimiento, más que de este órgano judicial. Si el fallo no es cumplido, la CJC se auxilia de las autoridades estatales, quienes deberán llevar a cabo todos los medios de apremio establecidos en sus legislaciones para hacer que la sentencia se cumpla. De esta forma, la Corte legitima su actuación como órgano supremo y los Estados son quienes se encargan de ejecutar las sentencias en última instancia. Los secretarios de las Cortes de los Estados

Consúltese también: Corte de Justicia del Caribe, 2013 CCJ 4 (AJ) disponible en: «[http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/iic/600-2013.case.1/IIC600\(2013\)D.pdf](http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/iic/600-2013.case.1/IIC600(2013)D.pdf)».

³³ Por ejemplo, en el asunto: Corte de Justicia del Caribe, [2017] CCJ 2 (OJ), se trató la viabilidad de los impuestos a las bebidas azucaradas, en una apelación interpuesta por: *SM Jaleel & Co Ltd & Guyana Beverages Inc. en contra del Estado de Guyana*, ya que consideraban excesivos los gravámenes.

³⁴ Anderson, Winston, "The role of the Caribbean Court of Justice in human rights adjudication: international treaty law dimensions", en *The Annual Lillich Memorial Lecture in International Law Delivered at Florida State University*, Florida, United States, Mar. 14, 2011, *Transnat'l L./Pol'y* 1, Florida, vol. 21, 2012, p. 8.

parte deben actuar como una especie de enlace con la CJC y coadyuvar en el cumplimiento de sus sentencias en la instancia de apelación.

La tipología de las sentencias en la jurisdicción de apelación de la Corte se ha desarrollado mucho más a través de su jurisprudencia que de su legislación. En la normativa, podemos encontrar tres tipos, que son: las sentencias que resuelven la apelación, las decisiones de consentimiento y homologación con el acuerdo de las partes y las sentencias de autorización especial para apelar. No obstante, la jurisprudencia enriquece el primer rubro de las mismas, subdividiéndolas en tipos específicos de resoluciones que tienen efectos distintos. En esta virtud, se estudiará la tipología de las sentencias partiendo de la clasificación otorgada por la legislación, adhiriendo lo que la misma Corte ha prescrito a través de su actuación. Además, se adhiere una cuarta categoría en donde se ubican las sentencias no prescritas en la normativa comunitaria.

1. Sentencias que resuelven la apelación (artículo 15.1 del Reglamento de la jurisdicción de apelación de la CJC de 2019 —RJAC—)

Las sentencias que resuelven el trámite de la apelación son aquellas en las que la Corte decide la cuestión de conformidad con sus atribuciones comunitarias, así como de acuerdo con la legislación del Estado de que se trate. Éstas se subdividen en varios tipos que dependen de sus efectos.

a) Sentencias de anulación de la resolución nacional

Este tipo de sentencias se dictan tanto en casos civiles como penales, y en ambas materias se suele dejar un precedente que modifica la actuación de la autoridad nacional. En ese tipo de sentencias no se declara la inconstitucionalidad de ningún precepto normativo, sino que se juzga la actuación defectuosa de las autoridades nacionales que ha vulnerado el derecho del o los demandantes. Por una parte, los asuntos en materia penal revisten una importancia fundamental, ya que en ellos se decide

no sólo la libertad sino la vida de las personas. Por otro lado, en las sentencias anulatorias en materia civil, la Corte tiene la facultad de velar por la protección de la propiedad, el estado civil de las personas, e incluso las vulneraciones a los derechos electorales, entre otras cuestiones.

Este tipo de resoluciones tienen que fundamentarse en la violación de los preceptos constitucionales del Estado de origen e, incluso, en graves violaciones a los derechos humanos de origen convencional, en virtud de la actuación defectuosa o malintencionada de la autoridad. Por ello, en este tipo de sentencias la Corte como órgano constitucional regional ordena al Estado que se anule en todo o en parte la resolución nacional combatida.

Una de las sentencias de anulación más recientes que ha dictado la Corte ha sido en el caso [2021] CCJ 6 (AJ) BZ.³⁵ En ella se declaró la violación del artículo 6 de la Constitución de Belice, sobre el derecho a un juicio imparcial. El punto total de la decisión anulatoria no se basó en la culpabilidad o inocencia del acusado, sino en que se le impidió una defensa adecuada. Ello se debe a la excesiva demora en la resolución de su recurso interpuesto ante la Corte de Apelación de ese país, en contra de la pena privativa de la libertad que le había sido impuesta por un Tribunal menor. Por ello, la Corte suspendió definitivamente la pena de prisión impuesta en su contra, con lo que se protegió su derecho a un juicio justo y a la libertad.³⁶

Dentro de este tipo de sentencias, la Corte tiene plena jurisdicción incluso para determinar la competencia de Tribunales de menor rango. Por

³⁵ Corte de Justicia del Caribe, [2021] CCJ 6 (AJ) BZ, *Solomon Marin Jr. vs. The Queen*, 23 de junio de 2021.

³⁶ Otra sentencia en este sentido es: Corte de Justicia del Caribe, [2021] CCJ 2 (AJ) GY, *Merlene Todd Appellant vs. Desiree Price y Ann Jennifer Jeboo*, 25 de febrero de 2021. En esta sentencia se anuló la condena de fraude a una compradora de un inmueble. La vendedora realizó el acto jurídico con un poder falso y el Tribunal Superior del Estado de Guyana condenó por fraude, tanto a la vendedora como a la compradora, alegando la grave negligencia de esta última. La compradora arguyó que la adquisición del inmueble se hizo sin el conocimiento del fraude y ya que no había pruebas de lo contrario, la CJC anuló la condena en contra de la compradora.

ejemplo, en el caso [2020] CCJ 16 (AJ) BZ, la Corona, a través del Fiscal de Belice, impugnó la resolución del Tribunal de Apelaciones que determinó que no era competente para apelar la resolución absolutoria de una persona juzgada por el crimen de homicidio. Después de realizar una interpretación histórica y sistemática de la legislación, la Corte consideró que era bastante claro que el artículo 65C(3) de la Ley de procedimiento procesal otorga a la Corona ese derecho, por lo que anuló la resolución del Tribunal nacional y determinó que la Corona podía proceder con la apelación interna.

Los ejemplos anteriores dejan claro que la CJC es un verdadero órgano jurisdiccional que no sólo tiene la facultad de anular las resoluciones internas, sino también de delimitar competencias y cambiar en sentido de los fallos nacionales.

b) Sentencias hito

Las sentencias hito pueden estar dentro de cualquier otro tipo de sentencia, con la diferencia de que éstas constituyen un precedente tal que sus efectos trascienden la esfera jurídica de la víctima o demandante y consiguen cambiar las circunstancias que generaron las violaciones de los derechos para que esto no vuelva a ocurrir. También se encuentran entre éstas las que marcan un precedente que modifica una línea jurisprudencial.³⁷

Un ejemplo del efecto irradiador de estas sentencias lo tenemos en dos casos sobre pena de muerte en Barbados. La CJC dictó tres sentencias en relación con dos demandantes, con las que se amplió la protección del derecho a la vida en ese país. Los hechos circundan en torno a dos personas que fueron sentenciadas a muerte de forma automática por comprobarse que habían cometido el crimen de homicidio.

³⁷ Sobre las sentencias hito, consúltese Rodríguez Alzate, Sergio, "Interpretación constitucional y procesal. Cómo leer las sentencias judiciales", en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Bogotá, v. XIII, n. 26, julio-diciembre de 2010 y López. Diego, *El Derecho de los Jueces*, segunda edición, Bogotá, Legis, 2006, p. 153.

Las apelaciones de ambos demandantes solicitaban, por una parte, la declaración de su inocencia³⁸ y, por otra, la anulación de la pena de muerte por considerarla un castigo excesivo, aún si se comprobaba la comisión del delito.³⁹ La Corte determinó que las pruebas de su responsabilidad eran incontrovertibles, por lo cual, la imposición de una condena era válida y, con ello, la violación de sus derechos no circundaba en torno a su inocencia o culpabilidad.

La vulneración de los derechos de los convictos se relaciona entonces con la aplicación del artículo 2 de la *Ley de Delitos contra las personas*, que establece como obligatoria la pena de muerte en contra de los acusados de homicidio, independientemente de las circunstancias de los hechos. Además, en virtud del artículo 26 de la Constitución de Barbados no se podían impugnar las leyes existentes, incluso si su aplicación violaba derechos humanos; no obstante, ello no fue discutido a profundidad por la Corte.

La CJC consideró que la aplicación del citado artículo 2 de la Ley de Delitos contra las Personas era incompatible con los artículos 11(c), 12.1, 15.1, y 18.1 de la Constitución de Barbados, debido a que no personalizaba el delito de homicidio para juzgarlo en cada caso particular. En este entendido ordenó al Estado que anulara la pena de muerte en contra de los accionantes y emitiera nuevas resoluciones, en las que de forma personalizada les impusiera penas distintas.

Además, determinó que la Corte Suprema del Estado debía revisar todos los casos de condenas de muerte y conmutar la pena, ya sea por cadena perpetua u otras sanciones, según cada caso particular. Es indudable que mediante estas sentencias se modificó un sistema de impartición de

³⁸ Corte de Justicia del Caribe, [2018] CCJ 20 (AJ), *Dwayne Omar Severin vs. The Queen*, 27 de junio de 2018 y Corte de Justicia del Caribe, [2018] CCJ 18 (AJ), *Jabari Sensimania Nervais vs. The Queen*, 27 de junio de 2018.

³⁹ Corte de Justicia del Caribe, [2018] CCJ 19 (AJ), *Jabari Sensimania Nervais y Dwayne Omar Severin vs. The Queen*, 27 de junio de 2018.

justicia estatal que tenía un problema estructural y con ello se protegió el derecho a la vida.

Dos cuestiones que se deben tratar, aunque su detalle excede los límites de este trabajo, son, por un lado, el rico diálogo jurisprudencial que las Cortes internacionales sostienen entre ellas, y por otro, la diferencia entre los efectos de las sentencias de Cortes regionales de derechos humanos y una Corte constitucional regional, como la que se trata en este trabajo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emitió en los años 2007 y 2009, respectivamente, dos sentencias en los casos *Boyce y otros*⁴⁰ y *Tyrone Da Costa Cadogan*,⁴¹ también sobre la aplicación de la pena de muerte en Barbados. Sus conclusiones fueron a tal grado similares a las de la CJC que ésta última cita a la Corte IDH para justificar su decisión. Es decir, lo que la CJC resolvió en 2018, la Corte IDH ya lo había resuelto 10 años antes.

Las sentencias interamericanas establecen que Barbados violó, sobre todo, el derecho a la vida y a la protección judicial de las víctimas, por lo que condenó al Estado, entre otras cosas, a modificar su legislación para impedir que la pena de muerte se pudiera imponer de forma automática. No obstante, el cumplimiento de los fallos interamericanos fue accidentado y lento, ya que, en el tiempo que pasó desde que se dictaron, hasta 2018, en el que se emitieron las sentencias de la CJC, no se habían logrado implementar las medidas de reparación condenadas en las sentencias interamericanas.

Al efecto cabe precisar que, en julio de 2018, los representantes de las víctimas en los casos interamericanos informaron a la Corte IDH que, de

⁴⁰ Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, serie C No. 169.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009, serie C No. 204.

conformidad con las sentencias emitidas por la CJC, en las cuales se prohíbe a Barbados la aplicación de la pena de muerte automática, la legislación violatoria se había dejado de aplicar⁴² y se había iniciado la emisión de nuevas sentencias frente a todas aquellas personas que estuvieran condenadas a la pena capital, y toda vez que las decisiones de este órgano judicial tienen una aplicación directa e inmediata en la legislación nacional, el cumplimiento de la decisión del Caribe hacía que se cumpliera a su vez la decisión interamericana.⁴³

Es aquí donde se puede apreciar la gran diferencia entre los efectos de una sentencia "constitucional regional", que se implementa de forma inmediata, y una sentencia emitida por un órgano judicial regional o de derechos humanos, que puede tardar más de una década en implementarse.

Lo cierto es que las sentencias dictadas por ambos tribunales forman parte de una red de justicia internacional, gracias a la cual ha sido posible la suspensión definitiva en la aplicación de la pena de muerte en Barbados que, sin duda, representa una transformación positiva de su sistema de impartición de justicia en la protección del derecho a la vida, lo cual no se hubiera logrado sin las sentencias emitidas por ambas Cortes.⁴⁴

c) Sentencias anulatorias de un precepto normativo

En este tipo de sentencias, la CJC declara la inconstitucionalidad de un precepto normativo, por considerarlo violatorio de un derecho humano.

⁴² La Ley de Delitos contra las Personas no se modificó, ya que los diversos proyectos aprobados por la Cámara de Diputados se han desechado por el Senado, sin embargo actualmente no es aplicada por el Estado. Consúltese el proyecto de modificación, disponible en: «https://www.barbadosparliament.com/uploads/bill_resolution/194e20f4c24596f073bf72414faae7d5.pdf».

⁴³ En las sentencias de los casos: Corte de Justicia del Caribe, [2018] CCJ 18 (AJ) y Corte de Justicia del Caribe, [2018] CCJ 20 (AJ), la Corte no solo determinó que no era dable aplicar la pena de muerte en contra de los apelantes, sino que ello debía tener efectos *erga omnes*.

⁴⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y González Domínguez, Pablo, "Death penalty, amnesty laws, and forced disappearances: Three main topics of the Inter-American Corpus Juris in Criminal Law", en *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Notre Dame, vol. 5, núm. 1, 2015, pp. 67 y ss.

En este entendido, ordena su anulación inmediata, con el fin de que sea expulsado de la legislación nacional, ya sea que se trate de un artículo de una Ley, o bien, de la Ley entera.⁴⁵

La Corte ha desarrollado este tipo de sentencia en varios casos, entre ellos destaca el [2018] CCJ 17 (A)⁴⁶ debido a que en éste anuló una reforma constitucional que se oponía a la libertad de elección de los representantes populares; específicamente el presidente de la nación, que establecía la propia Constitución implícitamente en sus artículos 1 y 9.

El artículo 90 constitucional, que establecía las cualificaciones para ser presidente, fue reformado mediante la Ley 17/2000, con el fin de impedir que una persona nacida en el extranjero, que no haya residido 7 años en el país, o que ha sido presidente dos periodos, pudiera postularse a la candidatura. Un ciudadano presentó un recurso contra la ley por considerar que atentaba contra su libertad de elección, y ganó la primera instancia y la apelación nacional. No obstante, el Fiscal General llevó el caso ante los estrados de la CJC.

La Corte llevó a cabo un análisis de las normas con el fin de determinar si la reforma al artículo 90 constitucional derogaba de forma implícita los artículos 1 y 9 constitucionales, y si esta legislación afectaba la democracia constitucional. Finalmente determinó que las restricciones tan amplias hacen que la sociedad sea menos plural, ya que excluyen a una gran cantidad de personas para ocupar el cargo de presidente, por lo que, además de desestimar la apelación, determinó que el artículo 2 (que incluía los tres supuestos de exclusión adicionales en la contienda presidencial) de la Ley 17/2000 era contrario a la Constitución, por lo que se anulaba con efectos inmediatos.

⁴⁵ Consúltese: Iniesta Delgado, Juan José y Fernández Salmerón, Manuel, "Naturaleza y efectos de las sentencias de anulación recaídas en procesos contra normas: la invalidez en el sistema normativo y su actuación jurisdiccional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 20, núm. 59, mayo-agosto de 2000, pp. 139 a 175.

⁴⁶ Corte de Justicia del Caribe, [2018] CCJ 17 (A), *The Attorney General of Guyana Appellant vs. Cedric Richardson*, 26 de junio de 2018.

Como se puede apreciar, este tipo de sentencias expulsan una norma inconstitucional del sistema normativo de manera inmediata, independientemente de lo establecido en las sentencias nacionales anteriores.

d) Sentencias aditivas

En estas sentencias se declara la inconstitucionalidad de un artículo o legislación del Estado demandado, debido a que no prevé un supuesto necesario para salvaguardar los derechos de su ciudadanía.⁴⁷ También, mediante estas sentencias se puede resolver una cuestión que no fue tratada por el juzgado de menor jerarquía en el momento de emitir el fallo. El problema resuelto en estas sentencias tiene su origen en la falta de normativa nacional adecuada, o bien, por defecto en la normativa o el fallo de origen.

Por ejemplo, en la sentencia del caso [2020] CCJ 11 (AJ) BB,⁴⁸ la Corte desestimó la apelación, pero adhirió una orden a la condena del juzgado de origen. La apelación deriva de una sentencia de divorcio en la que el demandante fue condenado al pago de manutención y se negó a hacerlo. Su ex cónyuge no le requirió judicialmente el pago sino hasta pasado un año. El demandante fundamentó su petición ante la CJC en que la legislación de Barbados se había inspirado en la de Australia, que determina que si la orden de manutención no se ejecuta en el término de doce meses será nula. El Tribunal desechó la apelación debido a que el apelante no se apoyó en ninguna ley nacional, y si bien no varió el sentido de la resolución final, sí adhirió la obligación del demandante de pagar los intereses por la suma adeudada a su acreedora alimenticia, hasta el total pago de los mismos, con lo que protegió el derecho a recibir alimentos de la parte demandada.

⁴⁷ Desde la década de los noventa, el profesor Roberto Romboli nos hablaba de este tipo de sentencias en su trabajo: Romboli, Roberto, "La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional", en Torres Muro, Ignacio (trad.), *Revista Española de Derechos Constitucionales*, año 16, número 48, septiembre-diciembre de 1996, pp. 64 y ss.

⁴⁸ Corte de Justicia del Caribe, [2020] CCJ 11 (AJ) BB, *Prince Sinckler vs. Editha Sinckler*, 16 de julio de 2020.

Como se puede apreciar, este tipo de sentencias tiene un efecto complementario, ya que el problema inicial no radica en el texto de la norma o la resolución, sino en la falta de una cuestión que vulnera los derechos de una persona.

e) Sentencias desestimatorias

Este tipo de sentencias son dictadas cuando se considera que, aunque el demandante estaba autorizado para acudir a la Corte, la decisión tomada por el tribunal de origen es correcta y no ha violado la normatividad ni los derechos de la demandante. En este caso, normalmente la Corte impone el pago de costas al apelante. Por ejemplo, en el caso [2021] CCJ 7 (AJ) GY,⁴⁹ la Corte determinó que el apelante estaba legitimado para acudir ante sus estrados, ya que Guyana había aceptado la competencia de apelación de la Corte; no obstante, por un lado, la sentencia de la Corte de apelación nacional era correcta, y por otro lado, el apelante, Blairmont Rice Investment Incorporated es una empresa que ha perdido su registro desde 2011, por lo que no se puede considerar una persona moral legalmente constituida que pueda representar intereses particulares. Sin embargo, la Corte la condenó a pagar las costas.⁵⁰

En las sentencias desestimatorias, la Corte puede determinar cuáles son las actuaciones que deben realizar las autoridades nacionales con el fin de concluir el asunto en sede nacional. Por ejemplo, en el caso [2021] CCJ 4 (AJ) DM⁵¹ los apelantes —miembros de la Asamblea Nacional—

⁴⁹ Corte de Justicia del Caribe, [2021] CCJ 7 (AJ) GY, *Blairmont Rice Investment Incorporated vs. Kayman Sankar Investments Limited, Kayman Sankar y Company Limited Beni Sankar*, 25 de junio de 2021.

⁵⁰ Otras sentencias similares son: Corte de Justicia del Caribe, [2021] CCJ 5 (AJ) BB, *Estate of Marjorie Ilma Knox y otros vs. John Vere Evelyn Deane y otros*, 29 de abril de 2021, en donde se denegó la apelación de cobro de deuda; Corte de Justicia del Caribe, [2021] CCJ 3 (AJ) GY, *Air Services Limited y otros vs. the Attorney General, the Ministry of Public Infrastructure y Guyana Civil Aviation Authority*, 2 de marzo de 2021, en donde se denegó la apelación en contra del cambio del nombre del aeropuerto; y Corte de Justicia del Caribe, [2020] CCJ 15 (AJ) GY, *Shir Affron Nabi, Rafael Nabi y the Estate of Shir Amineen Navi vs. Ashmidphiraque Sheermohamed, S. A. Nabi y Sons Limited Maurice Solomon*, 28 de agosto de 2020, sobre la disolución de una empresa en términos legales.

⁵¹ Corte de Justicia del Caribe, [2021] CCJ 4 (AJ) DM, *Roosevelt Skerrit y otros vs. Kenneth Darroux Antoine Defoe y otros*, 9 de marzo de 2021.

reclamaron ante la Corte las denuncias interpuestas en su contra por la comisión del delito de *treating*.⁵² El principal motivo de la apelación no fue la alegación de su inocencia, sino la consideración de que el *Tribunal de Magistrados* de Dominica (Tribunal de Primera Instancia) no era competente para juzgarlos, debido a que eran autoridades públicas. La Corte analizó la legislación de Dominica, y no sólo concluyó que los apelantes podían ser juzgados, confirmando la prosecución de la denuncia realizada por el Tribunal nacional, sino que ordenó que se continuara con el trámite de las denuncias. Además, determinó que el Presidente del Tribunal de Primera Instancia debía asignar un Magistrado para conocer cada una de las denuncias presentadas en contra de los apelantes y ordenó el pago de costas a favor de los demandados.

Es entonces que los efectos de este tipo de sentencias van más allá de la mera declaración de improcedencia de la acción intentada. Mediante éstas, la Corte interpreta la legislación nacional e impone el pago de costas por la actuación improcedente del accionante.

2. Las decisiones de consentimiento y la homologación con el acuerdo de las partes (artículo 15.2 del RJAC)

Las órdenes de consentimiento son aquellas en las que la Corte homologa el o los acuerdos a los que han llegado las partes en los términos que le han sido propuestos, siempre y cuando el acuerdo al que se ha llegado no viole la normativa de los Estados, ni la de la comunidad.

La orden de consentimiento es una especie de acuerdo amistoso entre las partes, que requiere la autorización de la Corte. Se debe realizar por es-

⁵² Según dispone: *House of Assembly (elections) act* de Dominica, comete el delito de *treating*: 1. Toda persona que de manera corrupta, por sí misma o por cualquier otra persona, ya sea antes, durante o después de una elección, directa o indirectamente, dé, proporcione o pague total o parcialmente los gastos de dar o proporcionar cualquier alimento, bebida, entretenimiento o provisión para cualquier persona, con el propósito de influir corruptamente en él para votar o abstenerse de votar en las elecciones, o debido a que esa persona o cualquier otra persona ha votado o se ha abstenido de votar en la elección; 2. Todo votante que acepta o toma de manera corrupta cualquier alimento, bebida, entretenimiento o provisión.

crita y la CJC debe aprobarla. Al término de la resolución se debe señalar que la decisión a la que se ha llegado ha sido "por consentimiento de las partes" y el asunto se archiva sin más trámite. No se puede dictar una orden de consentimiento cuando quien la solicita carece de capacidad jurídica ni cuando su emisión resultaría en la falta de celebración de una audiencia ya prevista.

Es indispensable que la Corte homologue el acuerdo al que han llegado las partes, ya que, al considerarse éste una sentencia, se eleva a la categoría de cosa juzgada, y en caso de que alguno de los actuantes no cumpla con lo estipulado en el mismo, su contraparte puede solicitar al Tribunal la ejecución forzosa de la sentencia a través de los medios de apremio legalmente establecidos.

3. Sentencias de autorización especial para apelar (artículo XXV (3 y 4) del Tratado de Creación de la CJC y artículo 10.12 del RJAC)

El artículo XXV, secciones 3 y 4 del Tratado de Creación de la CJC, señala que aunque los Estados acepten su jurisdicción de apelación, los recursos que recaigan ante sus estrados deben tener un permiso especial del Tribunal de Apelación nacional que dictó la resolución combatida, en los siguientes casos:

- a) Decisiones definitivas en cualquier proceso civil en el que, a juicio del Tribunal de Apelación, se trate de una cuestión que por su gran importancia general, pública o de otro tipo, deba ser sometida a la Corte; y
- b) Los demás casos que prescriba cualquier ley de la Parte Contratante.

En esta tesitura, con fundamento en el Reglamento de la Jurisdicción de Apelación de la Corte de 2019, si una persona cree necesario acudir a los estrados de la CJC en alguno de los supuestos mencionados, debe

solicitar al Tribunal de Apelación nacional la autorización para ello, otorgando una garantía económica que perderá en caso de que su apelación no prospere. Si su solicitud es aceptada se deberá emitir un *certificado de cumplimiento*, con el que se puede acudir directamente a la CJC. Si el Tribunal nacional no autoriza que se acuda ante la Corte, deberá expedir un *certificado de incumplimiento*.

Si el solicitante considera que el Tribunal nacional se equivocó al emitir el certificado de incumplimiento, puede acudir ante la Corte, exhibirlo y fundamentar las causas por las que considera que se le debería autorizar para apelar, además de solicitar un permiso especial. La Corte revisa la solicitud presentada por el demandante y dicta una sentencia, en la que desecha la petición o autoriza al demandante para presentar su caso de apelación ante la propia CJC. Estos procedimientos se pueden llevar a cabo en varias actuaciones, en las que el accionante compruebe su derecho de acudir ante los estrados del Tribunal.

El mismo procedimiento se puede llevar a cabo sin tener un certificado de incumplimiento, es decir, de forma directa ante la Corte, siempre y cuando se justifiquen las causas por las que se quiere acudir ante sus estrados. En este caso se solicita una autorización especial para apelar cualquier decisión del Tribunal de Apelación nacional en asuntos civiles y penales.

En este tipo de sentencias no sólo se trata la legitimidad de las partes para apelar, sino los motivos fundados para hacerlo. En el caso [2021] CCJ 1 (AJ), la CJC le negó el permiso especial para apelar a los demandantes y aun así sentó un precedente con su resolución.⁵³ Los hechos iniciales del caso circundaban en torno a una demanda en la que se solicitaba el pago de honorarios. El asunto fue rechazado por la Barra de Abogados, debido a que la solicitante no estaba al corriente con las cuotas de la Barra y, por lo tanto, su registro como abogada estaba inactivo.

⁵³ Corte de Justicia del Caribe, [2021] CCJ 1 (AJ) BB, *Trish Bryan y otros vs. the Attorney General of Barbados y otros*, 22 de enero de 2021.

La solicitante llevó el asunto hasta sus últimos escaños nacionales y alegó que la solicitud de pagos era inconstitucional en Barbados.

No obstante, perdió el asunto en el Tribunal de Apelación nacional. Aunque la demandante ya no tenía interés en seguir el asunto hasta la CJC, por la relevancia jurídica que implicaba la declaración de la inconstitucionalidad del pago de las cuotas a la Barra de Abogados, un grupo de abogados le solicitó permiso para acudir ante la CJC a litigar su procedimiento. La demandante aceptó.

La CJC negó el permiso especial para apelar en este caso. Estableció que si bien el asunto del pago de cuotas a las Barras de Abogados es de trascendencia jurídica y debe ser analizado, consta en autos que las partes del juicio primigenio no estaban interesadas en continuar con este procedimiento. Por ello, parecía que los abogados que acudían ante ella a solicitar el acceso a la Corte estaban *secuestrando* el caso, con fines que nada tenían que ver con el pago de honorarios, que era en lo que radicaba el interés de las partes. Esto significaba una violación al derecho de la demandante a un recurso judicial pronto y expedito. Con ello, la Corte estableció que los derechos del actor y demandado en un procedimiento judicial están por encima de los derechos de los abogados,⁵⁴ con lo que en definitiva sentó un precedente.

4. Otros tipos de sentencias

Además de estos tres tipos de sentencias que establece la legislación comunitaria, existen otras, que han sido enteramente creadas por la jurisprudencia de la Corte y han evolucionado a través del tiempo. Éstas son: las sentencias de costas y las sentencias aclaratorias o justificativas.

⁵⁴ Otra sentencia similar se ha emitido en el siguiente caso: Corte de Justicia del Caribe, [2020] CCJ 12 (AJ) BB, *Rohan Rambarran Applicant vs. The Queen*, 20 de julio de 2020, en la que la Corte se negó a otorgar el permiso especial debido a que de forma contundente no se habían violado los derechos que los demandantes invocaban para fundar su apelación.

a) *Sentencias de costas*

Cuando en la sentencia principal no se resolvió lo conducente a las costas, se puede dictar una sentencia posterior, en la que se estipule lo conducente. Si el demandante tenía causas fundadas para interponer la apelación y ésta se resuelve enteramente en su favor, normalmente se hace el cargo total de las costas al demandado.⁵⁵ Si el solicitante tenía causas fundadas para presentar la apelación, pero no se resolvieron todas las prestaciones a su favor, lo normal es que se atribuya al demandado el pago de costas de forma parcial.⁵⁶ Si, por el contrario, se desecha la demanda debido a que no existían causas fundadas para interponer el recurso, las costas se atribuyen al apelante.⁵⁷

En este tipo de sentencias, la Corte puede determinar que el depósito de las costas se realice directamente en la Corte Suprema del país de origen, o en algún otro tribunal, y que en la misma sede se realice el procedimiento correspondiente en caso de impago.

b) *Sentencias aclaratorias o justificativas*

Además de las anteriores resoluciones, la Corte ha creado las *sentencias aclaratorias o justificativas*, mediante las cuales otorga a las partes inconformes con una resolución las razones por las que admitió o no admitió cierta prueba, declaración o apelación. Por ejemplo, la Corte decidió

⁵⁵ En la sentencia del caso: Corte de Justicia del Caribe, [2019] CCJ 16 (AJ), *John Solomon vs. Dawattie*, 16 de agosto de 2019, se condenó a pagar la totalidad de las costas a los demandados ya que estos interpusieron una apelación previa, sin solicitar un permiso especial de la Corte, cuando su caso se encontraba dentro de los supuestos concebidos por la legislación comunitaria.

⁵⁶ Por ejemplo, en el caso: Corte de Justicia del Caribe, [2020] CCJ 14 (AJ) BZ, *Caye International Bank Limited, Joel M Nagel vs. Tommy Lynn Haugen*, 28 de julio de 2020, la CJC ordenó que los apelantes pagaran el 80% de las costas, ya que se comprobó que se había hecho un cobro indebido y fraudulento al demandado. No obstante, el demandado fue negligente con el manejo de su cuenta, por lo que tuvo que asumir el 20% de sus costas.

⁵⁷ Un ejemplo de ello es el caso Corte de Justicia del Caribe, [2018] CCJ (AJ) 22, *Patrick Hill vs. Sagikor Life Inc Respondent*, 18 de julio de 2018, en el que el apelante presentó ante el Tribunal de Apelación de Barbados una cuestión sobre si la CJC era competente para conocer asuntos que versaran en la interpretación de la legislación sustantiva del país. El Tribunal nacional remitió el asunto a la Corte, que resolvió y cargó las costas al demandante.

acreditar la personalidad del demandante en el caso [2021] CCJ 08 (AJ) BB,⁵⁸ a pesar de que había dudas sobre su legitimidad. No obstante consideró que existían errores graves en las decisiones nacionales tomadas previamente, lo cual hizo constar en esta resolución, en la que determinó que debido a la gravedad del caso, era más perjudicial desechar la apelación.⁵⁹

Los efectos de esta sentencia radican en ampliar el contenido del fallo principal y en determinar cuáles fundamentos legales se utilizaron para llegar a esa decisión. La Corte expone su argumento de manera tal que se justifiquen las conclusiones y órdenes emitidas en la sentencia de origen. La finalidad principal es que las partes conozcan y comprendan el alcance de la misma y estén conformes con ella, pero en estas resoluciones no se puede ampliar ni variar su contenido.

D. A modo de conclusión: la Corte de Justicia del Caribe, dos tribunales en uno

Como se ha visto, la CJC es un órgano judicial supranacional y constitucional a la vez. La enorme diferencia que existe entre sus dos sedes se refleja en el número de sentencias que ha dictado en cada una. Mientras que en su sede supranacional u original ha dictado sólo 33 sentencias, en su jurisdicción constitucional o de apelación ha emitido 235.

Sin duda, las jurisdicciones original y de apelación de la CJC hacen que este órgano judicial sea único en el mundo. Es de asombrar que los mismos jueces resuelvan los asuntos de la Corte en ambas sedes, ya que sus sentencias demuestran una gran comprensión no sólo de la legislación de la Caricom y de la de cada uno de los Estados que han aceptado la

⁵⁸ Corte de Justicia del Caribe, [2021] CCJ 08 (AJ) BB, *Dottin's Academy Incorporated vs. Beverley Norville*, 1 de julio de 2021.

⁵⁹ Otra sentencia similar es: Corte de Justicia del Caribe, [2020] CCJ 19 (AJ) GY, *Ogle Airport Inc. vs. Competition and Consumer Affairs Commission*.

competencia de apelación de la Corte, sino de los problemas de la región y sus posibles soluciones.

Sin duda, la mayor diferencia que existe entre ambas jurisdicciones de la Corte, radica en los efectos de sus sentencias y, con ello, en su tipología. Los tipos de sentencias de la jurisdicción original de la Corte que se ha mencionado en este trabajo se encuentran, en su gran mayoría, prescritos en la legislación comunitaria. No obstante, la mayoría de éstas no se han emitido aún. Por otro lado, en la jurisdicción de apelación, las diferentes sentencias se han ido construyendo a través de la jurisprudencia de la Corte.

Además, todas las sentencias que la CJC emite en sede original están encaminadas a proteger la aplicación de la legislación comunitaria. Por ello, se puede ver que el arquetipo de sentencias en esta jurisdicción: sentencias en rebeldía, de anulación, de complementación, de revisión, condenatorias y de pago de costas e interpretativas han sido creadas con el fin de dotar de mayor efectividad sus procedimientos y solventar las problemáticas que pudieran existir en la aplicación e interpretación de la legislación comunitaria y las resoluciones de la Corte.

Las sentencias de la jurisdicción original se contienen en la legislación comunitaria, y no pueden evaluar la legislación de los Estados a menos de que su emisión o aplicación viole los tratados de la Comunidad que las partes se han comprometido a cumplir.

Otra diferencia entre la tipología de las sentencias en ambas jurisdicciones de la Corte se encuentra en sus objetivos. Por ejemplo, la *sentencia de anulación* en la sede original tiene el propósito de anular un fallo previo dictado por esta misma Corte. Por otro lado, las *sentencias de anulación* en la sede de apelación, suspenden definitivamente los efectos de una sentencia nacional o una norma inconstitucional. Es entonces que, aunque estas resoluciones parecieran iguales, en realidad son totalmente diferentes.

Por otro lado, la tipología de las sentencias en la jurisdicción de apelación de la Corte se asemeja mucho más a la de una Corte constitucional nacional. Ello responde a las amplias facultades con las que los Estados han dotado a este órgano jurisdiccional en esta sede.

Como se ha visto, la Corte en esta sede se convierte en una Corte Suprema regional y resuelve los procedimientos utilizando la legislación de cada uno de los Estados que tiene bajo su competencia. Es entonces que, en esta jurisdicción la Corte vela por la preservación del texto constitucional de los Estados y tiene la capacidad de modificar e incluso anular sentencias dictadas por las Cortes constitucionales de los Estados. También puede ordenar que se modifiquen las legislaciones o, bien, que se eliminen del sistema jurídico.

En cada uno de los tipos de sentencias que la Corte dicta en su sede de apelación o constitucional, es decir, en las sentencias hito, de anulación de la resolución nacional, anulatorias de un precepto normativo, aditivas, desestimatorias, órdenes de consentimiento y la homologación con el acuerdo de las partes, de autorización especial para apelar, de costas y aclaratorias o justificativas, la Corte utiliza la legislación nacional de los Estados para resolverlas, y determina si la legislación nacional y los actos de las autoridades se encuentran conformes a lo señalado en su Constitución.

Otra cuestión que difiere también entre los diferentes tipos de sentencias es su cumplimiento. El artículo XXVI del Acuerdo de Creación de la CJC señala que los Estados parte deben tomar las medidas necesarias e incluir la promulgación de nuevas leyes, para asegurar que todas las autoridades actúen en auxilio de la Corte, sin importar la jurisdicción de la que se trate, para asegurar que cada sentencia, decreto, orden o condena dictada en ejercicio de su jurisdicción sea ejecutada por los Tribunales y autoridades en el territorio de los Estados contratantes, como si se tratara de una resolución de una Corte nacional superior.

En la narrativa de este artículo se puede observar que la legislación comunitaria no distingue entre la jurisdicción original y la de apelación de la Corte en el cumplimiento de todos los tipos de sentencias. No obstante, en la jurisdicción de apelación, la Corte se convierte en la última instancia a nivel nacional, por lo que tiene la facultad de ordenar directamente a las autoridades nacionales que ejecuten sus sentencias y sancionen a las partes que no las cumplan.

En su sede supranacional, la Corte se muestra incluso conservadora en cuanto a las órdenes de cumplimiento que puede emitir en contra de los Estados. En el asunto [2009] CCJ 5 (OJ) (que se ha tratado previamente), Guyana se mostraba reacia a cumplir la sentencia, por lo que los demandantes, Trinidad Cement Limited y TCL Guyana Incorporated, presentaron una nueva petición para que la CJC solicitara al Estado que justificara las razones por las cuales no se había cumplido con lo ordenado. Se solicitó además que se declarara que Guyana estaba en desacato y había violado el artículo 215 del Tratado Revisado de Chaguaramas.⁶⁰

En sentencia dictada el 29 de marzo de 2010, bajo un apartado llamado *Ausencia de cualquier maquinaria para hacer cumplir las órdenes de la Corte a nivel nacional*, la Corte determinó que efectivamente el Estado había incumplido el artículo 215 del Tratado Revisado de Chaguaramas; sin embargo, no se podía acceder a declarar el desacato, ya que, entre otras cosas, su jurisdicción original requiere la asistencia de la maquinaria jurisdiccional de los países parte, con el fin de que las decisiones que ésta tome sean cumplidas en sede nacional, pues la Corte no cuenta con facultades más allá de la emisión de la sentencia, con el fin de forzar su cumplimiento.⁶¹

⁶⁰ Corte de Justicia del Caribe, [2010] CCJ 1 (OJ), párrafo 2, Tratado Revisado de Chaguaramas, el artículo 215 establece: que los Estados miembros, los órganos, las instituciones de la Comunidad, las entidades o las personas a las que se aplica una sentencia del Tribunal de Justicia deberán cumplir sin demora dicha sentencia.

⁶¹ *Ibidem*, párrafos 4 y 51.

Por último, señaló que el término *desacato al Tribunal* no se encuentra claramente planteado en la legislación del Caribe, por lo cual espera que las partes acuerden la creación de un protocolo en el que se aclaren este tipo de cuestiones; mientras, la Corte no puede actuar al respecto. Hasta ahora no se ha creado ese protocolo.⁶²

Esta situación coloca la ejecución de las sentencias supranacionales del Caribe en un limbo jurídico, ya que si bien es cierto que los Estados se encuentran obligados a implementarlas, si no lo hacen no existe sanción alguna, como tampoco existe un órgano político que vigile el cumplimiento de las mismas, como en el caso de otras Cortes supranacionales.⁶³

Como se ha podido apreciar, las dos jurisdicciones de la Corte de Justicia del Caribe son absolutamente diferentes, como lo es la tipología de sus sentencias, que es de suma importancia identificar para distinguir sus efectos, ya que estos difieren sustancialmente, como se ha visto. Además, al identificar cada tipo de sentencia, se puede inferir su resultado y las órdenes que puede emitir la Corte en cada una de ellas. Estas tipologías no son estáticas, cambian en el tiempo y, mientras más evolucione la actuación de la Corte, irán variando en efectos e importancia y se crearán nuevas categorías.

E. Fuentes de consulta

Libros y artículos científicos

Anderson, Winston, "The role of the Caribbean Court of Justice in human rights adjudication: international treaty law dimensions", en *The Annual Lillich Memorial Lecture in International Law Delivered at*

⁶² *Ibidem*, párrafos 52 y 53.

⁶³ Como es el caso de las sentencias dictadas por sus pares, que son el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Corte Centroamericana de Justicia. También cuentan con un órgano político de vigilancia la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Florida State University, Florida, United States, Mar. 14, 2011, Transnat'l L./Pol'y 1, Florida, vol. 21, 2012.

- Berry, David S., "The original jurisdiction jurisprudence of the Caribbean Court of Justice: promoting regional integration", en *The Social Sciences Journal of the University of the West Indies (Mona)*, vol. 61, núm. 2, 2012, pp. 27-49.
- Byron, Dennis y Dakolias, Maria, "The regional court systems in the Organization of Eastern Caribbean States and the Caribbean", en FAVARO, Edgardo M. (coord.), *Small states, smart solutions. Improving connectivity and increasing the effectiveness of public services*, Washington DC, The world bank, 2008.
- Charney, Jonathan I., "The impact of the international legal system of the growth of international courts and Tribunals", en *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 31, núm. 4, 1999, pp. 101-116.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y González Domínguez, Pablo, "Death penalty, amnesty laws, and forced disappearances: Three main topics of the Inter-American Corpus Juris in Criminal Law", en *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Notre Dame, vol. 5, núm. 1, 2015, pp. 63-114.
- Grievés, Forest. L., *Supranationalism and international adjudication*, Chicago, University of Illinois, 1969.
- Helfer, Laurence R. y Slaughter, Anne-Marie "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication", en *The Yale Law Journal*, vol. 107, núm. 273, 1997, pp. 273-391.
- Iniesta Delgado, Juan José y Fernández Salmerón, Manuel, "Naturaleza y efectos de las sentencias de anulación recaídas en procesos

- contra normas: la invalidez en el sistema normativo y su actuación jurisdiccional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 20, núm. 59, mayo-agosto de 2000, pp. 139-175.
- Legarre, Santiago y Rivera, Julio César, "Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*", en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, 2006, vol. 33, núm 1, pp. 109-124.
- López, Diego, *El Derecho de los Jueces*, 2ª edición, Bogotá, Legis, 2006.
- Malcom, Christopher P., "Caribbean Integration: Within the Caricom framework: The sociohistorical, economic and political dynamics of a regional response to a global phenomenon", en *Law and Business Review of the Americas*, vol. 10, 2004, pp. 35-64.
- McDonald, Sheldon, *The Caribbean Court of Justice: Enhancing the Law of International Organizations*, Kingston, The Caribbean Law Publishing Company/LTD, 2005.
- Menon, P. K., "The organization of Eastern Caribbean States an milestone in sub-regional integration", en *The University of Miami Inter-American Law Review*, Miami, University of Miami, Institutional Repository, vol. 17, núm. 2, 1986, pp. 297-311.
- Oellers-Frahm, "Multiplication of International courts and Tribunals and conflicting jurisdiction problems and possible solutions" en FROWEIN, J. A. y WOLFRUM, R. (coords.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Heidelberg, Kluwer Law International, vol. 5, 2001, pp. 67-104.
- Pollard, Duke E., *Caribbean Court of Justice. Closing the circle of independence*, Kingston, The Caribbean Law/Publishing Company/LTD, 2004.

Rivero Evia, Jorge, "Jurisdicción supranacional", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 2ª. edición, serie Doctrina Jurídica, núm. 76, México, IJ-UNAM, 2014.

Rodríguez Alzate, Sergio, "Interpretación constitucional y procesal. Cómo leer las sentencias judiciales", en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Bogotá, volumen. XIII, núm. 26, julio-diciembre de 2010.

Romano, Cesare P.R., "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", en *International Law and Politics*, Nueva York, vol. 31, núm. 4, 1999, pp. 709-751.

Romboli, Roberto, "La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional", en Torres Muro, Ignacio (trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, número 48, septiembre-diciembre de 1996, pp. 35-80.

Savchyn, M. V., "The constitution and supranationality in law: challenges and solutions" en BULTER, W. E. y PALMER, Michael (coords.), *The Journal of Comparative Law*, Wildy Simmonds & Hill Publishing, vol. 11, num. 1, 2016, pp. 136-150.

Simmonds, K. R., "The Caribbean Economic Community. A new venture in regional integration", en *The International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, Cambridge University Press, vol. 23, núm. 2, 1974, pp. 453-458.

Slaughter, Ann Marie, *A new world order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

Waldron, Jeremy, "Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach", en *Michigan Law Review*, Michigan University, vol. 111, núm. 1, 2012, pp. 1-32.

Jurisprudencia

CCJ, [2019] CCJ 16 (AJ), *John Solomon vs. Dawattie*, sentencia de 16 de agosto de 2019.

CCJ, [2008] CCJ 1 (OJ), *Trinidad Cement Limited & TCL Guyana Incorporated vs. The Co-operative Republic of Guyana*, sentencia de 22 de julio de 2008.

CCJ, [2009] CCJ 4 (OJ), *Trinidad Cement Limited vs. Caribbean Community*, sentencia de 10 de agosto de 2010.

CCJ, [2011] CCJ 1 (OJ), *Hummingbird Rice Mills Ltd vs. Suriname y la Comunidad del Caribe*, 27 de junio de 2011 y CCJ [2014], CCJ 2 (OJ), *Maurice Tomlinson vs. Belice y Trinidad y Tobago*, sentencia de 10 de junio de 2016.

CCJ, [2012] CCJ 1 (OJ), *Hummingbird Rice Mills LTD vs. la Comunidad del Caribe*, sentencia de 23 de febrero de 2012.

CCJ, [2012] CCJ 2 (OJ), *Hummingbird Rice Mills LTD vs. la Comunidad del Caribe*, sentencia de 11 de abril de 2012.

CCJ, [2020] CCJ 15 (AJ) GY, *Shir Affron Nabi, Rafael Nabi y the Estate of Shir Amineen Navi vs. Ashmidphiraque Sheermohamed, S. A. Nabi y Sons Limited Maurice Solomon*, sentencia de 28 de agosto de 2020.

CJC, [2021] CCJ 6 (AJ) BZ, *Solomon Marin Jr. vs. The Queen*, sentencia de 23 de junio de 2021.

CJC, [2009] CCJ 5 (OJ), *Trinidad Cement Limited y TCL Guyana Incorporated vs. República de Guyana*, sentencia de 20 de agosto de 2009.

CJC, [2013] CCJ 2 (OJ), *Trinidad Cement Limited vs. The Competition Commission*, sentencia de 29 de mayo de 2013.

- CJC, [2013] CCJ 3 (OJ), *Shanique Myrie vs. Barbados*, sentencia de 4 de octubre de 2013.
- CJC, [2014] CCJ 1 (OJ), *Rudisa Beverages & Juices N.V. Caribbean International Distributors Inc. vs. Guyana*, sentencia de 8 de mayo de 2014.
- CJC, [2017] CCJ 2 (OJ), *SM Jaleel & CO LTD & Guyana Beverages Inc vs. Guyana*, sentencia de 9 de mayo de 2017.
- CJC, [2018] CCJ (AJ) 22, *Patrick Hill vs. Sagicor Life Inc Respondent*, sentencia de 18 de julio de 2018.
- CJC, [2018] CCJ 17 (AJ), *The Attorney General of Guyana Appellant vs. Cedric Richardson*, sentencia de 26 de junio de 2018.
- CJC, [2018] CCJ 18 (AJ), *Jabari Sensimania Nervais vs. The Queen*, sentencia de 27 de junio de 2018.
- CJC, [2018] CCJ 19 (AJ), *Jabari Sensimania Nervais y Dwayne Omar Severin vs. The Queen*, sentencia de 27 de junio de 2018.
- CJC, [2018] CCJ 20 (AJ), *Dwayne Omar Severin vs. The Queen*, sentencia de 27 de junio de 2018.
- CJC, [2019] CCJ 5 (OJ), *Trinidad Cement Limited, Arawak Cement Limited, Rock Hard Distribution Ltd and Rock Hard Cement Ltd vs. Trinidad y Tobago, Barbados y la Comunidad del Caribe*, sentencia de 28 de noviembre de 2018.
- CJC, [2020] CCJ 11 (AJ) BB, *Prince Sinckler vs. Editha Sinckler*, sentencia de 16 de julio de 2020.
- CJC, [2020] CCJ 12 (AJ) BB, *Rohan Rambarran Applicant vs. The Queen*, sentencia de 20 de julio de 2020.

- CJC, [2020] CCJ 14 (AJ) BZ, *Caye International Bank Limited, Joel M. Nagel vs. Tommy Lynn Haugen*, sentencia de 28 de julio de 2020.
- CJC, [2020] CCJ 19 (AJ) GY, *Ogle Airport Inc. vs. Competition and Consumer Affairs Commission*.
- CJC, [2021] CCJ 08 (AJ) BB, *Dottin's Academy Incorporated vs. Beverley Norville*, sentencia de 1 de julio de 2021.
- CJC, [2021] CCJ 1 (AJ) BB, *Trish Bryan y otros vs. the Attorney General of Barbados y otros*, sentencia de 22 de enero de 2021.
- CJC, [2021] CCJ 2 (AJ) GY, *Merlene Todd Appellant vs. Desiree Price y Ann Jennifer Jeboo*, sentencia de 25 de febrero de 2021.
- CJC, [2021] CCJ 3 (AJ) GY, *Air Services Limited y otros vs. the Attorney General, the Ministry of Public Infrastructure y Guyana Civil Aviation Authority*, sentencia de 2 de marzo de 2021.
- CJC, [2021] CCJ 4 (AJ) DM, *Roosevelt Skerrit y otros vs. Kenneth Darroux Antoine Defoe y otros*, 9 de marzo de 2021.
- CJC, [2021] CCJ 5 (AJ) BB, *Estate of Marjorie Ilma Knox y otros vs. John Vere Evelyn Deane y otros*, sentencia de 29 de abril de 2021.
- CJC, [2021] CCJ 7 (AJ) GY, *Blairmont Rice Investment Incorporated vs. Kayman Sankar Investments Limited, Kayman Sankar y Company Limited Beni Sankar*, sentencia de 25 de junio de 2021.
- CJC, 2015 CJC 15 (AJ), *Alianza de Líderes Mayas de Toledo, Distrito de Belice y otros vs. el Fiscal General de Belice*, sentencia de 22 de abril de 2015.
- Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007, serie C No. 169.

Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de septiembre de 2009, serie C No. 204.

Fuentes electrónicas:

Página de la Corte de Justicia del Caribe, disponible en: «<http://www.ccj.org/about-the-cj>».

Página del Comité Judicial del Consejo Privado: «<https://www.jcpc.uk/>».

Proyecto de modificación de la Ley de Delitos contra las Personas, Barbados, disponible en: «https://www.barbadosparliament.com/uploads/bill_resolution/194e20f4c24596f07bf72414fae7d5.pdf».

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Diciembre de 2022.

Esta obra reúne a cuarenta y siete personas que analizan la tipología y efectos de las sentencias de veintisiete Tribunales Constitucionales de América, Europa y Asia. De igual forma, examinan las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Corte de Justicia del Caribe.

También se incorporan estudios sobre las clasificaciones más relevantes y recientes de los sistemas de justicia constitucional, el objeto y método de la interpretación constitucional, la teoría de las sentencias constitucionales y su análisis bajo la perspectiva del derecho internacional.

